القضاء المستعجل في نظام المرافعات السعودي وصلته بالفقه وأصول التشريع

د. موسى بن علي موسى فقيهي

الْحَمْدُ لله القائل ﴿ وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلاًّ آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ﴾(١)، وصلى الله وسلم على رسوله القائل: «إنّ الله يحب البصر النافذ عند ورود الشبهات، ويحب العقل الكامل عند حلول الشهوات»(٢)، ورضي الله عن صحابته أجمعين وعن التابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين، أمَّا بعد:

فالسياسة القضائية في الدولة الإسلامية كما اهتمت بكيفية تنظيم القضاء، ووضع الأجهزة الخاصة به، واختيار القضاة، وبيان ما يشترط فيهم، وما يخضعون له من الأحكام، اهتمت أيضاً: بإجراءات التقاضي والتنفيذ، موضحة اختصاص المحاكم، وتنوعها عند الحاجة إلى ذلك، وهو ما يعرف في المصطلح الحديث: بنظام المرافعات.

ولكون هذه الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، ومن أصولها المعتبرة الأخذ بالمصالح المرسلة التي لم يشهد لها نص خاص بالإلغاء أو الاعتبار، ومن مقاصدها: حفظ حقوق

□ أستاذ أصول الفقه المشارك بكلية الشريعة وأصول الدين بجامعة الملك خالد في أبها.

الأمة ومصالحهم، ومنها الأموال ودفع الظلم عن المظلوم، اقتضت تلك المصلحة، وهذا المقصد سَنَّ ما يعرف بنظام القضاء المستعجل؛ لتوفير الحماية القضائية العاجلة لمن يتضرر ببطء الإجراءات القضائية المعتادة.

وأما أصل هذا البحث فقد كان بعنوان: «القضاء المستعجل في الفقه ونظام المرافعات الشرعية»، تقدمت به إلى وزارة العدل للمشاركة به في ندوة عن الأنظمة العدلية الصادرة في المملكة العربية السعودية والتي تعتزم الوزارة عقدها، وقد أفهمت من قبل القائمين على الندوة بقبوله.

ولما كانت شروط الندوة تقيد الأبحاث بعدد معين من الصفحات، وقد ظهر لي رجوع النظام إلى جملة من أدلة الفقه المختلف في الاحتجاج بها لدى علماء الفن، ولأن الفرع يأخذ حكم أصله صحةً وفساداً أحببت أن أبين للقارئ أن الأصول التي قد بني عليها هذا النظام معتبرة عند جماهير علماء الأمة ومحققيهم، ومنهم أئمة المذاهب الأربعة على التحقيق، وهذا اقتضى أن أعرف بتلك الأصول وأذكر بإيجاز من احتج بها في استدلاله، الأمر الذي لم يتأت لي عمله حين قدمت البحث إلى وزارة العدل، لضيق الوقت من جهة والتزاماً بشروط الندوة في عدد الصفحات.

لِما سبق أعدت النظر في عنوان البحث وخطته ليتناسب مع ما أقصد إليه من إبراز أصول هذا النظام ونظمها في موضع واحد، فتناثرها في أثناء الاستدلال قد يحول دون معرفة القارئ الأهمية الكبرى لهذه الأصول في مرونة الفقه الإسلامي، وأن لكل نازلة حكماً في الشريعة.

وقد جعلت البحث في تمهيد، وتسع مسائل على النحو الآتي :-

التمهيد في: التعريف بمفردات العنوان وتأصيل القضاء المستعجل، وفيه مبحثان:

المبحث الأول في: التعريف بمفردات العنوان، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول في: المراد بالقضاء المستعجل.

المطلب الثاني في: المراد بنظام المرافعات.

المطلب الثالث في : المراد بالفقه وأصول التشريع .

المبحث الثاني في : تأصيل القضاء المستعجل .

المسألة الأولى في : مُقْتَضِي القضاء المستعجل .

المسألة الثانية في : إجراءات القضاء المستعجل .

المسألة الثالثة في : دعوى المعاينة لإثبات الحالة .

المسألة الرابعة في : دعوى منع التعرض للحيازة ودعوى استردادها .

المسألة الخامسة في : دعوى المنع من السفر .

المسألة السادسة في : دعوى وقف الأعمال الجديدة .

المسألة السابعة في : طلب الحراسة .

المسألة الثامنة في : أجرة الأجير اليومية .

المسألة التاسعة في : الحجز التحفظي .

الخاتمه في : أهم النتائج .

منهجي في البحث :

لقد اتبعتُ في هذا البحث المنهج الآتي :

١- الرجوع إلى كتب أدب القضاء ، وكتب الفقه في المذاهب الأربعة وكتب أصول الفقه ، وبعض الإصدارات الحديثة في المرافعات .

٢- أني أذكر نص اللائحة كما ورد في نظام المرافعات ، وأضعه بين علامتي تنصيص مع بيان رقم المادة ، وقد كتبته بخط عريض تمييزاً له عن غيره .

٣- أني أعقب ذلك بذكر شاهد المادة من كلام فقهاء الإسلام وقضاته .

٤- أني حرصت على نقل أقوال العلماء بالنص ، حفظاً لوقت القارئ الذي يريد أن يوارن بين النظام وشاهده من الفقه عن قرب .

٥- أني اكتفيت بذكر شاهدين أو ثلاثة في الجملة لكل مادة من مواد النظام ، أو لائحة

من لوائحه التنفيذية .

٦- وما لم أتمكن من الوقوف على شواهده من اللائحة التنفيذية لمواد النظام سكتُّ عنه وهو يسير .

٧- أني لم أتبع منهجاً معيناً في ترتيب أقوال الفقهاء لا مذهبياً ولا تأريخياً، وإنما حسب مناسبة النص الفقهي لما استشهدت به عليه في نظري .

٨- أعقبت الشواهد الفقهية بأصول التشريع التي يمكن أن تبنى عليها تلك المادة وتصلح أن تكون مستنداً ودليلاً شرعياً لها .

٩- أني جمعت الأصول الكبرى التي ظهر لي رجوع النظام إليها في الجملة في موضع واحد، وهو المبحث الثاني من التمهيد .

١٠- أني عرفت بالألفاظ والمصطلحات الفقهية والأصولية التي تحتاج في نظري إلى تعريف .

١١- أني عزوت الآيات القرآنية إلى سورها مع ذكر رقم الآية .

١٢- أني خرجت الأحاديث والآثار الواردة في البحث .

١٣- أني رتبت المسائل بحسب ترتيب الدعاوي في النظام .

١٤- أني وضعت فهارس في آخر البحث شملت ما يلي :-

أ - فهرس الآيات القرآنية الكريمة .

ب- فهرس الأحاديث والآثار .

جـ- فهرس المصطلحات والألفاظ المعرف بها .

د- فهرس المراجع .

هـ- فهرس الموضوعات .

ولا يفوتني أن أشكر الله تعالى على نعمه التي لا تعد ولا تحصى، ومنها أن هيأ لي الكتابة في هذا الموضوع؛ لأعرف مدى أهمية أصول الفقه في تكييف المستجدات وحاجة طلاب العلم الشرعي وقضاة المسلمين إليه .

وأسأله تعالى أن ينفعني بهذا العمل، وأن يجعله صالحاً متقبلاً، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

التمهيد

المبحث الأول في: التعريف بمفردات العنوان

المطلب الأول في: المراد بالقضاء المستعجل:

القضاء في اللغة: الحكم(٣).

وفي الاصطلاح عرفه الفتوحي بأنه: بيان الحكم الشرعي، والالتزام به وفصل الخصومات(٤).

وأما مصطلح القضاء المستعجل بهذا اللفظ فلم أطلع عليه في كتب المتقدمين من الفقهاء.

وقد عرفه بعض المعاصرين ممن صنف في نظام المرافعات بتعاريف، وان اختلفت في اللفظ فهي متفقة على الغاية والمقصد منه.

فمنهم من عرفه بأنه: «الفصل في المنازعات التي يخشى عليها فوات الوقت فصلاً مؤقتاً لا يمس أصل الحق، وإنَّمَا يقتصر على الحكم باتخاذ إجراء وقتي ملزم بقصد المحافظة على الأوضاع القائمة، واحترام الحقوق الظاهرة، أو صيانة مصالح الطرفين المتنازعين»(٥).

ومنهم من عرفه بأنه: «توفير الحماية الوقتية العاجلة لحقوق الخصوم ومصالحهم دون المساس بأصل الحق»(٦).

ومنهم من قال: هو «وجه متميز من الحماية القضائية، تنهض أساساً لمواجهة خطر التأخير في منح الحماية القضائية الموضوعية، والذي يترتب عليه أضرار قابلة للاستنفاد

بطبيعتها، وتهدف إلى توفير حماية عاجلة لمن يبدو للوهلة الأولى أنه صاحب الحق الظاهر، وتؤدي دورها عن طريق تدابير وقتية وتحفظية لا تمس أصل الحق أو تؤثر فيه، وينتهي مفعولها بزوال الخطر تلقائياً، أو بواسطة ممارسة الحماية القضائية الموضوعية لدورها»(٧):

فهذه التعاريف وإن اختلفت من حيث اللفظ وتباينت إيجازاً وإطناباً، لكنها تتفق على مقصد واحد لهذا النوع من القضاء وهو: توفير الحماية العاجلة لما يخشى عليه الفوات بالتأخير.

المطلب الثاني في: المراد بنظام المرافعات:

النظام في اللغة، عرفه ابن منظور بقوله: «النظام: ما نظمت فيه الشيء من خيط وغيره، وكل شعبة منه وأصلٍ نظامٌ، ونظامُ كل أمر ملاكُه والجمع: أنظمة وأناظيم، ونظم».

وقال: «نظم: النظم: التأليف، نظمه، ينظمه نظماً ونظاماً... ونظمت اللؤلؤ أي: جمعته في المسلك، والتنظيم مثله»... وكل شيء قرنته بآخر، أو ضممت بعضه إلى بعض فقد نظمته»(٨).

وفي الاصطلاح عرفه الجرجاني بأنه «تأليف الكلمات والجمل مترتبة المعاني، متناسبة الدلالات، على حسب ما يقتضيه العقل»(٩).

والمرافعات في اللغة: جمعٌ واحده مرافعة من الفعل رفع.

ومن معانيه: التقريب للشيء وتقويمه، وعليه قوله تعالى: ﴿وَفُرُشٍ مَّرْفُوعَةٍ﴾(١٠) أي: مقربة لهم، ومن ذلك: رفعته إلى السلطان. كذا قاله الرازي(١١).

وقال ابن منظور: «ورافعت فلاناً إلى الحاكم، وترافعنا إليه، ورفعه إلى الحَكَم رفْعاً، ورُفْعاناً ورِفْعاناً: قربه منه وقدمه إليه ليحاكمه، ورفعت قصتي: قدمتها»(١٢):

وقد استعمل جمع من الفقهاء مصطلح «رفع» بمعناه اللغوي السابق(١٣).

وأما في الاصطلاح فلم أقف له على تعريف لدى المتقدمين، وقد عرفه بعض المعاصرين ممن صنف في هذا المجال بقوله: «مجموعة من القواعد التي تبين التنظيم القضائي في الدولة، وتحدد اختصاص المحاكم، وتنظم الإجراءات، والمواعيد الواجبة الاتباع في التقاضي والمحاكمة والفصل في الخصومات. . .»(١٤)

المطلب الثالث: في المراد بالفقه وأصول التشريع:

الفقه في اللغة: العلم بالشيء، قال ابن فارس: «وكل علم بشيء فقه، ثم اختص به علم الشريعة، فقيل لكل عالم بها فقيه»(١٥).

ويطلق على الفهم أيضاً(١٦).

وأما في عرف الفقهاء فهو: «العلم بأحكام الشريعة»(١٧) أو هو: «استنباط حكم المشكل من الواضح»(١٨).

وفي اصطلاح الأصوليين عرف بأنه: «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية»(١٩).

ومرادي بالفقه في هذا البحث علم الفروع، لأنه غلب استعماله في ذلك.(٢٠)

والأصول: جمع أصل وهو في اللغة: أسفل الشيء وقاعدته(٢١).

والتشريع: من شرع، قال في مختار الصحاح: «وشَرّعها صاحبها تشريعاً»(٢٢).

وقال الراغب: «الشرع: منهج الطريق الواضح. . . وسميت الشريعة شريعة تشبيهاً بشريعة الماء»(٢٣).

ومرادي: بأصول التشريع ما هو أعم من أصول الفقه باصطلاح أصحاب الفن في الغالب أي من الأصول، بل أريد بها ذلك مع مقاصد الشريعة وقواعد الفقه الكلية، كما ذهب إلى ذلك القرافي والشيخ بكر أبو زيد وغيرهما.

قال الأول: «أما بعد: فإن الشريعة اشتملت. . . على أصول وفروع، وأصولها قسمان: أحدهما: المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام

الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح، وكون الأمر للوجوب، والنهي للتحريم والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك. . .

والقسم الثاني: قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه وأن اتفقت الإشارة إليه هنالك على سبيل الإجمال، فيبقى تفصيله لم يتحصل»(٢٤).

وقال الثاني: » فهذا العلم الشريف (علم مقاصد الشريعة). . . به تتم معرفة حكمة التشريع في كل نوع من أنواع العلوم الشرعية مثل: العبادات، والمعاملات، والأنكحة وغيرها.

وبه تتم معرفة حكمة التشريع في كل جزئية من جزئيات الشريعة وأحكامها التفصيلية. وهذا العلم المتميز أحد ركني علم أصول الفقه. . . وركنه الآخر علم لسان العرب»(٢٥) فأنت ترى أنه قد جعل مقاصد الشريعة أحد ركني أصول الفقه؛ نظراً إلى أن بعض الأصوليين قد صنف فيه مصنفات تخصه، وإن كان بعضهم الآخر قد جمع في مصنفاته بين الركنين.

كما أن القرافي: قد ذكر أن من أصول الشريعة: قواعد الفقه الكلية. بهذا فمرادي بأصول التشريع في هذا البحث ما سبق ذكره.

المبحث الثاني في: تأصيل القضاء المستعجل

قبل أن نذكر أصول التشريع التي يمكن أن يبنى عليها القضاء المستعجل بالمعنى الذي سبق ذكره والدعاوي التي شملها، يحسن أن نذكر طرفاً من كلام الفقهاء لإيضاح نظائر وأشباه وشواهد هذا النوع من القضاء لدى فقهاء الإسلام مراعاة لعنوان البحث، فمن ذلك قول القاضي أبي يعلى: «فإن قلد - أي: الإمام - قاضيين على بلد، نظرت، فإن

رد إلى أحدهما . . . نوعاً من الأحكام وإلى الآخر غيره، كرد المداينات إلى أحدهما والمناكح إلى الآخر فيجوز ذلك، ويقتصر كل واحد منهما على النظر في ذلك الحكم في البلد كله»(٢٦).

ومثله قال القاضي الماوردي من الشافعية. (٢٧)

وفي الفروق للكرابيسي: «القضاء مما إذا خص اختص به، بدليل: أنه إذا خص ببلد اختص به، فكذلك إذا خُصَّ شخص أو نوع اختص به»(٢٨).

وقال ابن نجيم: «القضاء: يجوز تخصيصه وتقييده بالزمان والمكان، واستثناء بعض الخصومات»(٢٩).

فأقوال هؤلاء العلماء واضحة الدلالة على جواز القضاء بنوع معين من الدعاوى، وذاك القرافي يقول: «تصرفات الحكام بتعاطي أسباب الاستخلاص، ووصول الحقوق إلى مستحقيها من الحبس والإطلاق، وأخذ الكفلاء الأملياء، وأخذ الرهون لذي الحقوق، وتقدير مدة الحبس بالشهور وغيرها، فهذه التصرفات كيفما تقلبت ليست حكماً لازماً، ولغير الأول من الحكام تغيير ذلك وابطاله بالطرق الشرعية على ما تقتضيه المصلحة»(٣٠).

وأما أصول التشريع التي يمكن أن يرجع إليها هذا النظام، وتكون مستنداً ومدركاً(٣١) له على سبيل الاجمال فمنها ما يلي :-

الأصل الأول: السنة ومنها: قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»(٣٢)

وقد اختلف العلماء في معنى اللفظين الواردين في الحديث، أعني الضرر والضرار، هل هما بمعنى واحد، والثاني تأكيد للأول؟ وهذا قول بعضهم، والمشهور عندهم: أن بينهما فرقاً، وأحسن ما فرق به بينهما كما قال ابن الأثير وابن رجب وغيرهما:

أن الضرر: إلحاق المضرة بالغير ابتداءً من غير أن يضره ذلك الغير.

والضرار: إلحاق المضرة بالغير على وجه المقابلة، أي: يضر بمن قد أضر به. (٣٣)

وأما وجه الدلالة من الحديث فقد دل دلالة صريحة على نفي الضرر في الشرع، فالنكرة في سياق النفي تفيد العموم، والنفي لم يرد على الإمكان ولا الوقوع قطعاً، لإمكان ذلك

ووقوعه بكثرة، فدل على أن المراد نفي الجواز، وإذا انتفى الجواز الشرعي ثبت التحريم. (٣٤)

قلت: والسنة هي المصدر الثاني من مصادر التشريع المتفق عليها، والحديث من الأحاديث التي يدور عليها الفقه، وهو عام في نفي كل ضرر ومضارة، وسواء أكان دفعاً للضرر قبل وقوعه، أم رفعاً له بعد وقوعه(٣٥)، وعامة دعوى القضاء المستعجل ترجع إلى هذا.

قال الشاطبي: «العمومات إذا اتحد معناها وانتشرت في أبواب الشريعة، أو تكررت في مواطن بحسب الحاجة من غير تخصيص فهي مجراة على عمومها على كل حال، وإن قلنا بجواز التخصيص بالمنفصل.

والدليل على ذلك الاستقراء، فإن الشريعة بينت بالتكرار أن: «لا ضرر ولا ضرار»، فأبى أهل العلم من تخصيصه وحملوه على عمومه»(٣٦).

الأصل الثاني: مذهب الصحابي(٣٧)، وهو وإن كان من الأدلة المختلف في الاحتجاج بها فقد قال به جمهور العلماء، ومنهم الأئمة الأربعة، وما اشتهر من أن أصحاب الإمام الشافعي يقولون: لم يحتج به في الجديد وإنما في القديم، فقد أثبت ابن القيم خلاف ذلك، وقال: «ونحن نشهد بالله أنه لم يرجع عنه، بل كلامه في الجديد مطابق لهذا»(٣٨). أي للقديم.

قلت: ومن الوقائع الدالة على ثبوت الاختصاص القضائي لدى الصحابة وعملهم به مايلي:

أولاً: ما ظهر في عهد الخليفة الملهم عمر رضي الله عنه من أنواع متعددة من الاختصاص القضائي، ومن ذلك قوله للسائب بن يزيد رضي الله عنهما، «اكفني صغار الأمور، فكان يقضي في الدرهم والدرهمين» (٣٩).

مع أن صغار الأمور يتناول ما كان قيماً كالدراهم (٤٠)، وما لم يكن قيماً.

ثانياً: أن معاوية رضي الله عنه لما رأى جرأة الناس على القتل، واستهانتهم بالدماء -

مما أدى إلى كثرة الجراح بينهم بعد معركتي الجمل وصفين - أحدث نوعاً من الاختصاص القضائي وهو: » قضاء الجراح«(٤١).

قلت: وما أشبه الليلة بالبارحة، فكثرة المنازعات، وجرأة الناس على أكل أموال بعضهم بالباطل، والحاجة إلى سد ذريعة الفساد، والخروج على الأنظمة نتيجة بطء التقاضي أسباب تجيز فعل ما فعله صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولقد قال عمر بن عبدالعزيز: » يحدث للناس من القضاء بقدر ما أحدثوا من الفجور«(٤٢).

الأصل الثالث: المصلحة المرسلة(٤٣) وهي دليل من أدلة التشريع، وأصل من أصوله، احتج به جمهور العلماء على تفاوت بينهم، فأكثرهم قولاً بها الإمام مالك، ثم الإمام أحمد ـ رحم الله الجميع ـ.

وسواء أقلنا: إنها دليل مستقل بنفسه كما هو رأي الإمام مالك، أم قلنا: هي ضرب من ضروب القياس(٤٤)، فإنها تصلح مستنداً وأصلاً يستدل به على مشروعية القضاء المستعجل بمعناه السابق، ودعاواه التي اشتمل عليها.

فهي طريق يوفر الحماية للمتضرر ويدرأ المفسدة ويضمن المصلحة، وكل طريق يمكن أن يحقق ذلك فهو من الشرع وهو عدل الله بين عباده الذي أمر به، كما يؤخذ هذا من قول ابن القيم ـ رحمه الله ـ: «فإن ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه. . . بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق: أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له»(٤٥).

وذاك الشاطبي يقول: «الأصل في العادات: الالتفات إلى المعاني، فإنا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد، والأحكامُ العادية تدور معه حيثما دار» (٤٦).

وقال عبدالوهاب خلاف: «وأما ما عدا أحكام العبادات والمقدرات من أحكام المعاملات والتعزيرات، وطرق الإثبات وأحكام الإجراءات وسائر أنواع الأحكام فقد

اختلف العلماء في العمل فيها بالاستصلاح . . . فذهب مالك وأحمد ومن تابعوهما إلى أن الاستصلاح طريق شرعي لاستنباط الحكم فيما لا نص فيه ولا إجماع، وأن المصلحة المطلقة التي لا يوجد من الشرع ما يدل على اعتبارها ولا إلغائها، مصلحة: صالحة لأن يبنى عليها الاستنباط»(٤٧).

فانظر إلى قوله: « . . . وطرق الإثبات، وأحكام الإجراءات وسائر أنواع الأحكام» ووازنه بإجراءات القضاء المستعجل والدعاوى التي اشتمل عليها، تجد التوافق. وأصرحُ مما سبق – في الدلالة على أن من أصول هذا القضاء المصلحة المرسلة – قول الشيخ مصطفى أحمد الزرقا: » الأحكام التي تبنى بالاجتهاد الاستصلاحي على قاعدة المصالح المرسلة يمكن تصنيفها إلى نوعين . . . النوع الثاني: الأحكام التي تتعلق بالنظام القضائي، والحقوق الخاصة، وإليك الأمثلة الواقعية في كلا الموضعين(أ) في النظام القضائي . . . تخصيص القضاة اليوم من حيث الموضوع بحيث يكون لكل نوع من الدعاوى محكمة مختصة به تنظر فيه، ويمنع عليها النظر في سواه، وذلك كالمحاكم الجنائية، والمحاكم الحقوقية للنظر في دعاوي الحقوق المالية، والمحاكم الجزئية للقضايا البسيطة، إلى غير ذلك من المحاكم المختصة بحسب الدواعي الزمنية، وكثرة الدعاوى والأنظمة وحاجتها إلى الأخصاء في العلم، والاختصاص في توزيع العمل»(٤٨).

الأصل الرابع: من أصول التشريع وأدلته التي اعتبرها جمع من علماء الأصول، قولهم: «الأصل في المضار التحريم» ودليل ذلك عندهم ومستنده هو الحديث السابق في الأصل الأول: «لا ضرر ولا ضرار»، وقد سبق الكلام هناك عليه، وبيان رجوع القضاء المستعجل بالمعنى والدعاوى المشتمل عليها إليه. (٤٩)

الأصل الخامس: قاعدة(٥٠): «الضرر يزال» كما عبر عنها ابن السبكي والسيوطي وابن نجيم(٥١). وقال الحصني» الضرر مزال» (٥٢) والمعنى واحد، وهي: مدرك للقضاء المستعجل بالمعنى المتقدم، وأصل من أصوله.

قال الحصيني: «وهذه القاعدة يبنى عليها كثير من أبواب الفقه، ومسائل لا تكاد تحصى، فمن الأبواب. . . التفليس، لأن الحجر عليه - أي: المفلس - لدفع ضرر الغرماء••• وكذا كتاب الدعاوى والبينات لدفع ضرر الاستيلاء على الحقوق»(٥٣).

وللشيخ مصطفى الزرقا كلام، إذا جمع مع كلام الحصني السابق أدى الى قناعة بـ: أن من أصول القضاء المستعجل الذي نتحدث عنه ومداركه هذه القاعدة، قال: «وهذه القاعدة من أركان الشريعة، وتشهد لها نصوص كثيرة في الكتاب والسنة، وهي أساس لمنع الفعل الضار، وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة، كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد، وهي عدة الفقهاء وعمدتهم، وميزانهم في تقرير الأحكام الشرعية للحوادث.

ونصها ينفي الضرر. . . ويشمل ذلك دفعه قبل الوقوع بطريق الوقاية الممكنة، ورفعه بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتمنع تكراره»(٥٤).

الأصل السادس: أن المقصود الأعظم للشارع من القضاء هو درء ورفع مفسدة الظلم عن المظلومين، وإيصال الحقوق إلى المستحقين، وهو ما يهدف إلى تحقيقه القضاء المستعجل في نظام المرافعات الذي نتحدث عنه.

فقد قال ابن عبدالسلام: «الغرض من نصب القضاة: إنصاف المظلومين من الظالمين، وتوفير الحقوق على المستحقين. . . فلذلك كان سلوك أقرب الطرق في القضاء واجباً على الفور؛ لما فيه من إيصال الحقوق إلى المستحقين، ودرء المفسدة عن الظالمين والمبطلين»(٥٥).

ولشيخ الإسلام ابن تيمية كلام في غاية الوضوح والافادة في هذا الموضع، يقول رحمه الله: «المقصود من القضاء وصول الحقوق إلى أهلها وقطع المخاصمة، فوصول الحقوق هو المصلحة، وقطع المخاصمة إزالة المفسدة، فالمقصود هو: جلب تلك المصلحة، وإزالة هذه المفسدة، ووصول الحقوق هو من العدل الذي تقوم به السماء والأرض، وقطع

الخصومة هو من باب دفع الظلم والضرر»(٥٦).

الأصل السابع: إن من أهداف القضاء المستعجل ومقاصده التي يرمي إلى تحقيقها توفيرَ الحماية العاجلة لمواجهة أثر التأخير الناتج عن بطء التقاضي الموضوعي أو المحاكم الكبرى، وهذا من مقاصد الشريعة المقررة لدى علماء المقاصد، فهذا ابن عاشور يقول مقرراً هذا المقصد: » بقي علينا إكمال القول في مقصد التعجيل بإيصال الحقوق إلى أصحابها، وهو مقصد من السمو بمكانة»(٥٧).

وفي كلام ابن عبدالسلام السابق: «فلذلك كان سلوك أقرب الطرق في القضاء واجباً على الفور» إشارة إلى هذا المقصد.

فإن قيل: إن هذه الأصول، وإن تعددت، فإنها ترجع إلى أصل واحد في الجملة، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار» فـ«المصالح المرسلة»، و«الأصل في المضار التحريم»، وقاعدة: «الضرر يزال»، و«مقصود القضاء دفع مفسدة الظلم»، كلها أصلها وسندها الذي ترجع إليه هو: الحديث السابق، وهو خبر آحاد، وقد ضعفه بعض العلماء، فكيف تُلْبِسونَ نظام القضاء المستعجل في نظام المرافعات الذي تتحدثون عنه ثوب الشرعية بهذه القوة والكيفية؟!.

قلت: أما الحديث فلا يقل في درجته عن الحسن عند جملة من أصحاب الفن المعتبرين كما سبق الكلام عن ذلك في موضعه.

وأما كونه خبر واحد، فخبر الواحد حجة وأصل من أصول الشريعة يجب العمل به متى صح.

ثم ان سلمنا لكم أنه ظني، فهو ظني راجع إلى أصل قطعي، يدرك هذا المتتبع لكليات الشريعة وجزئياتها، فقد ساق ابن رجب في كتابه (جامع العلوم والحكم) أدلة كثيرة من الكتاب والسنة في قضايا مختلفة تتفق على معنى واحد وأصل كلي وهو: نفي الضرر في الشرع(٥٨).

وقد صرح بهذا وقرره الإمام الشاطبي حيث قال: » كل دليل شرعي، إما أن يكون قطعياً أو ظنياً؛ فإن كان قطعياً فلا إشكال في اعتباره . . . وإن كان ظنياً، فإما أن يرجع إلى أصل قطعي أولا فإن رجع إلى قطعي فهو معتبر أيضاً. . . ومثل ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار»، فإنه داخل تحت أصل قطعي في هذا المعنى، فإن الضرر والضرار مبثوث وضعه في الشريعة كلها، في وقائع جزئيات، وقواعد كليات، كقوله تعالى: ﴿ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ﴾(٥٩) ﴿ وَلا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾(٦٠) ﴿ لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا ﴾(٦١).

ومنه النهي عن التعدي على النفوس والأموال والأعراض، وعن الغصب والظلم وكل ما هو في معنى إضرار أو ضرار . . . فهو معنى في غاية العموم في الشريعة لا مراء فيه ولا شك»(٦٢).

المسألة الأولى في: مُقْتَضِي(٦٣) القضاء المستعجل

يظهر لي أن من الأسباب الداعية(٦٤) إلى سن نظام القضاء المستعجل أو سرعة نظر القضايا ما يلي :-

أولاً: كثرة المنازعات نتيجة ضعف الوازع الديني.

ثانياً: جرأة الناس على أكل أموال بعضهم بالباطل، وسلوك أساليب متنوعة، وحيل كثيرة للوصول إلى ذلك.

ثالثاً: كثرة المعاملات التجارية، والعقود بمختلف أنواعها، والتوسع في استخدام الأجير الخاص والأجير المشترك، إلى غير ذلك نتيجة لازدهار الوضع الاقتصادي في البلاد في هذا العصر.

رابعاً: سد ذريعة الفساد، والخروجِ على الأنظمة، ذلك الخروج المؤدي إلى الشغب والهرج والمرج.(٦٥)

خامساً: تحقيق بعض مقاصد الشريعة من القضاء، وهو: إيصال الحقوق إلى

أصحابها .

قال ابن عاشور : « . . . ثم إن الناس اجترأوا على الحقوق تدريجياً ، وابتكروا تحيلات واستباحوا النكاية بخصومهم ، وإثارة الشغب وتحيلوا على القضاة . . . فأخذ القضاة والعلماء يجعلون أساليب في إجراء الخصومات لقطع الشغب وتحقيق الحق . . .

ومن أحسن الوسائل للتعجيل بالفصل بالحق واظهاره : تعيين المذهب الذي يكون به الحكم ، وتعيين القول من أقوال العلماء .

ومن أحسن الوسائل أيضاً ما ثبت في المذهب المالكي من توقيف المدعى فيه إذا قامت البينة ، ولم يبق إلا إكمالها» . (٦٦)

الأصل في هذا القضاء :

الأصل في نظام فصل الخصومات في الشريعة الإسلامية هو سرعة الحسم ، ودليل ذلك ما يلي :ـ

أولاً : قضية الزبير وحميد الأنصاري في شراج الحرة (٦٧) فقد روى عنه صلى الله عليه وسلم : «اسق يا زبير ، ثم أرسل الماء إلى جارك ، فغضب الأنصاري ، فقال : أن كان ابن عمتك ؟ فتلون وجه النبي صلى الله عليه وسلم ، ثم قال : اسق يازبير ثم احبس الماء»(٦٨) .

ثانياً : قصة كعب ابن مالك وابن أبي حدرد ، فقد روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : «يا كعب ، فقال : لبيك يارسول الله ، فأشار بيده : أن ضع الشطر ، فقال كعب : قد فعلت يارسول الله ، فقال : رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : قم فاقضه»(٦٩) .

وجه الدلالة : أن الحديثين دلا على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يحكم في الخصومة في مجلس القضاء نفسه دون تأخير ، ودلالة قوله صلى الله عليه وسلم «قم فاقضه» على ذلك في غاية الوضوح .

ثالثاً : فعل الصحابي ، فقد كتب عمر إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما كتاباً في القضاء ، وقد جاء فيه «فافهم إذا أدلي إليك بحجة ، وأنفذ الحق إذا اتضح»(٧٠) .

وقد أورده ابن عاشور بلفظ: «فاقض إذا فهمت، وأنفذ إذا قضيت»، ثم قال في وجه الدلالة: «فجعل القضاء بعد حصول الفهم وبدون تأخير لأن شأن جواب الشرط أنه حاصل عند حصول الشرط، وأمره أيضاً بالتنفيذ عند حصول القضاء، وكل ذلك للتعجيل بإيصال الحق إلى صاحبه»(٧١).

رابعاً: أن من مقاصد الشريعة التعجيل بإيصال الحقوق إلى أصحابها، وهو ما يهدف إلى تحقيقه القضاء المستعجل؛ دفعاً لمفاسد كثيرة ترتب على تأخير إيصال الحقوق إلى مستحقيها، ومنها:

١- إقرار غير المستحق على الانتفاع بما ليس له الانتفاع به، وهو ظلم للمحق وحرمان له من الانتفاع بحقه وهذا إضرار به، وذلك من أكل أموال الناس بالباطل.

٢- استمرار المنازعة بين الخصمين، وهذا قد يؤدي إلى الهرج والمرج وحصول الاضطراب في الأمة.

٣- تطرق التهمة إلى القاضي بأنه قد أراد بتأخره في فصل الحكم إملال صاحب الحق، وتمكين غير المستحق من الانتفاع بما ليس له الانتفاع به، فيؤدي ذلك إلى مفسدة كبيرة وهي زوال حرمة القضاء وهيبتِه في النفوس. (٧٢)

المسألة الثانية في: إجراءات القضاء المستعجل

لقد أورد نظام المرافعات جملة من الإجراءات للقضاء المستعجل، ومنها ما يلي :-

أولاً: ما جاء في اللائحة ذات الرقم (٢٣٣/ ١): من أن رفع الدعوى المستعجلة . . . يكون بصحيفة وفق المادة (٣٩) التاسعة والثلاثين، وجاء في هذه المادة: «تشتمل صحيفة الدعوى على البيانات الآتية:

أ ـ الاسم الكامل للمدعي، ومهنته ووظيفته ومحل إقامته وسجله المدني . . . إلخ.

ب- الاسم الكامل للمدعى عليه ومهنته ووظيفته ومحل إقامته وسجله المدني . . . إلخ.

جـ ـ تأريخ تقديم الصحيفة .

د ـ المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى .

هـ ـ محلِّ إقامةٍ مختارٍ للمدعي في البلد التي بها مقر المحكمة إن لم يكن له محل إقامة فيها .

و ـ موضوع الدعوى وما يطلبه المدعي وأسانيده» .

ثانياً : ما جاء في اللائحة ذات الرقم (٢٣٣/ ٣) : «تضبط الدعوى المستعجلة بعدد مستقل . . .» إلخ .

ثالثاً : ما جاء في اللائحة ذات الرقم (٢٣٥/ ٢) : «يكون التبليغ - أي للمدعى عليه - بالطرق المعتادة إلاَّ في حال نقص الميعاد عن أربع وعشرين ساعة . . . » إلخ .

رابعاً : ما جاء في اللائحة ذات الرقم (٢٣٥/ ٥) : «لا يلزم المدعى عليه في الدعاوى المستعجلة إيداع مذكرة بدفاعه وفق المادة(٤١)» .

خامساً : ما ورد في اللائحة ذات الرقم (٢٣٦/ ٤) : «التعويض للممنوع من السفر يقدره القاضي . . . » مع ما جاء في (٢٣٦/ ٥) : «يقدم المدعي التعويض الذي حدده القاضي بشيك مصرفي محجوز القيمة باسم رئيس المحكمة يودع في صندوق المحكمة» .

شواهد الإجراءات السابقة من الفقه :

المتأمل في هذه الإجراءات يجد لها نظائر ، بل أشباهاً(٧٣) من أقوال أو أعمال فقهاء الإسلام وقضاته ، فما سبق نقله عن المادة التاسعة والثلاثين من البيانات التي تشتمل عليها صحيفة الدعوى من ذكر اسم المدعي والمدعى عليه كاملاً . . . إلخ . نجد الماوردي يقرر ذلك بقوله : «والذي يشتمل عليه المحضر من حكاية الحال يتضمن أربعة فصول : أحدها : صفة الدعوى ، بعد تسمية المدعي والمدعى عليه»(٧٤) .

ثم قال من فصول سير الدعوى : «تشتمل على ستة فصول : أحدها : ابتداء المدعي بتحرير الدعوى لتنتفي عنها الجهالة»(٧٥) .

وقال فيما يطلبه المدعي من المدعى عليه «والأولى فيه : أن يسأل المدعي القاضي بعد

استيفاء دعواه مطالبة خصمه بما ادعاه عليه»(٧٦).

وهذا العز بن عبدالسلام يعبر عن بيانات المدعي والمدعى عليه بعبارة تطابق في المعنى ما ذكره النظام، قال: «اعلم أن الله تعالى شرع في كل تصرف من التصرفات ما يحصل مقاصده ويوفر مصالحه... بل قد يشترط في بعض الأبواب ما يكون مبطلاً في غيره نظراً إلى مصلحة البابين، كما يشترط استقصاء أوصاف المحكوم له، والمحكوم عليه أن ينتهي إلى عزة وجود المشارك في تلك الأوصاف»(٧٧).

ويقول ابن عاشور: «ولقد كانت طرق المرافعات في عهد النبوة، وما يليه بسيطة جداً... ثم إن الناس اجترأوا على الحقوق تدريجياً، وابتكروا تحيلات... واستباحوا النكاية بخصومهم، وإثارة الشغب... فأخذ القضاة والعلماء يجعلون أساليب في إجراء الخصومات لقطع الشغب وتحقيق الحق...»(٧٨).

وما جاء في اللائحة (٢٣٥/ ٢) من تبليغ المدعى عليه، وأنه يكون بالطرق المعتادة إلا في حال نقص الميعاد عن أربع وعشرين ساعة، فقد تكلم فقهاء الإسلام وقضاته عن ذلك تحت عنوان «العدوى بقول المدعي»، وأطنب ابن مازة في شرح أدب القاضي في ذلك، كما تناوله الماوردي، والسروجي، وبينوا الطرق التي تكون بها العدوى - تبليغ المدعى عليه - من إرسال أمارة تدل على طلبه، كأن يختم له القاضي بخاتمه في طين، أو يرسل له أحد أعوانه بحسب ما يقتضيه حال الخصم من القوة والضعف.

وقد اختلفوا في طلب حضور المدعى عليه، هل يكون دون أن يقدم المدعي من الأسانيد ما يدل على أنَّ الحق في جانبه أم لا يكون إلا إذا قدم المدعي من الأسانيد والبينات ما يدل على أنّ الحق في جانبه؟ وهو ما يفهم من الفقرة (و) من المادة التاسعة والثلاثين (٣٩)، فإلى هذا ذهب بعض العلماء منهم ابن مازة، وإلى الأول ذهب أبو يوسف، والماوردي. والأول هو القياس، والثاني: استحسان(٧٩).

قال الماوردي: «فإن كان حاضراً في بلده وجب على القاضي إعداء المستعدي، وإحضار خصمه لمحاكمته قبل سماع الدعوى وتحريرها، وسواء عرف أن بينهما معاملة

أم لم يعرف» . . . وإذا وجب على القاضي أن يعدي كل مستعدٍ إليه - إذا لم يعلم كذبه - كان القاضي في إعدائه بالخيار بين أن ينفذ معه عوناً من أمنائه يحضره إليه، وبين أن يختم له في طين بخاتمه المعروف يكون علامة على استدعائه . . . »(٨٠).

وأمّا ما جاء في اللائحة (٢٣٦/ ٥): «يقدم المدعي التعويض الذي حدده القاضي بشيك مصرفي . . . ويودع في صندوق المحكمة».

شاهده من الفقه:

فيمكن أن يستأنس له بما قاله صاحب تهذيب الفروق والقواعد السنية: «لكن حكى ابن ناجي الاتفاق على أن هذا - أي: توقيف المدعى فيه بمجرد الدعوى - إن صح مستنده -لعل قصده: الاستحسان - ففيه ما لا يخفى من الإخلال بحق المطلوب والمحافظة على حق الطالب، فإن كان ولابد فينبغي: أن يضع قيمة كرائها - أي الدار الموقفة - أيام الذهاب والإيقاف زيادة على قيمتها، فإن لم يثبت شيئاً أخذه المطلوب؛ لأن هذا قد اعترض مال غيره وعطله عن منافعه»(٨١).

قلتُ: وذلك هو المقصد من إلزام المدعي على غيره بالمنع من السفر إذا لم تثبت دعواه، فينبغي أن يقدم تعويضاً نظير ما لحق المدعى عليه من ضرر منعه من السفر في حال تبين أن المدعي غير محق في دعواه، والله أعلم.

سند إجراءات القضاء المستعجل من الأصول:

وأما أصول التشريع التي يمكن أن تكون مستنداً لهذه الاجراءات فمنها ما يلي :-

أولاً: قوله صلى الله عليه وسلم: «إنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع» (٨٢).

قال ابن عاشور في وجه الدلالة من الحديث: «ففي هذا الحديث دلالة على أن طرق إظهار الحق مختلفة، وأن تلقي القاضي أساليب المرافعة أحسنه ما أعانه على تَبُيُّن الحق»(٨٣).

ثانياً: أن هذه الإجراءات والأنظمة هي في أقل أحوالها من باب المصالح المرسلة،

كباقي الأنظمة التي لا تتعارض مع نصوص الشرع، بل تؤيدها مقاصد الشريعة الكلية، لما تهدف إليه من حفظ الحقوق وسرعة إيصالها إلى مستحقيها ورفع المظالم.

قال الشيخ مصطفى الزرقا: «الأحكام التي تبنى بالاجتهاد الاستصلاحي على قاعدة المصالح المرسلة: يمكن تصنيفها إلى نوعين :-

النوع الأول: الأحكام التي تتعلق بشؤون الإدارة العامة المنظمة لمصالح المجتمع، وهي التدابير التي يتوقف عليها تنظيم تلك الشؤون والمصالح العامة»(٨٤) إلى آخر ما سبق نقله عنه(٨٥)

ثالثاً: ما جرى به عرف القضاء(٨٦) في العصور الأولى، وما يجري في زماننا الحاضر في كثير من الأقطار الإسلامية، مما يشهد لجواز الأخذ بهذه الإجراءات على سبيل الإجمال؛ لما لها من أثر في تحديد المسؤوليات وقطع شغب الخصوم وتبيين الحق. وبخاصة إذا قيل: إن الأحكام الشرعية جلها مبني على العرف (٨٧)، فمن باب أولى هذه الأنظمة والإجراءات.

وأما مسألة تبليغ المدعى عليه «العدوى بقول المدعي» فقد أسندها بعض العلماء إلى أصل آخر غير الأصول السابقة، وهو: الاستحسان المبني على الآثار، ومن هذه الآثار «فعله صلى الله عليه وسلم -حين استعداه رجل من أراش علي أبي جهل، وقد باعه إبلاً، فمطله أبو جهل، فذهب معه النبي صلى الله عليه وسلم -إلى أبي جهل فوفاه حقه»(٨٨).

قال السمناني وقد ذكر القصة: «وهذا الخبر قد دل على جواز العدوى بقول الخصم»(٨٩).

المسألة الثالثة في: دعوى المعاينة لإثبات الحالة

جاء في اللائحة (٢٣٤) الفقرة (١): «دعوى المعاينة لإثبات الحالة هي: أن يتقدم صاحب مصلحة للمحكمة المختصة بدعوى مستعجلة لإثبات معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء مستقبلاً، وتتم المعاينة وإثبات الحالة وفق المواد (١١٢-١١٦)».

وجاء في المادة السادسة عشرة بعد المائة: «يجوز لكل صاحب مصلحة في إثبات معالم واقعة محتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء مستقبلاً أن يتقدم للمحكمة المختصة بها محلياً بدعوى مستعجلة لمعاينتها بحضور ذوي الشأن وإثبات حالتها، وتتم المعاينة وإثبات الحالة وفق أحكام المواد السابقة».

شواهد هذه المادة من الفقه:

قوله: «صاحب مصلحة» المراد: ما يجلب نفعاً أو يدفع ضرراً، وقد نبه القرافي على ذلك في ضابط الدعوى الصحيحة: أنها لابد أن تكون معتبرة شرعاً ليترتب عليها نفع شرعي(٩٠).

ثُمَّ الناظر في كتب الفقه يجد قولين للعلماء في جواز قبول دعوى المعاينة وسماعها من قبل القاضي، القبول وعدمه، ومبنى الخلاف في المسألة هو الخلاف في مقصد القضاء هل هو: فصل الخصومة وقطعها فقط، أم له مقصد آخر مع ذلك وهو: إيصال الحقوق إلى أصحابها؟

فمن قال بالأول قال: لا تسمع هذه الدعوى.

ومن قال بالثاني قال بسماعها، وهو ما ذهب إليه جمع من العلماء، منهم ابن قدامة وشيخ الإسلام ابن تيمية، ومن المالكية ابن القاسم وابن عاشور(٩١).

قال ابن قدامة في مقصد القضاء: «الغرض فصل الخصومات، وإيصال الحق إلى مستحقه» (٩٢).

وقال ابن عاشور: «ومقصد الشريعة من نظام هيئة القضاء كلها على الجملة أن يشتمل على ما فيه إعانة على إظهار الحق، وقمع الباطل الظاهر والخفي»(٩٣).

وقال في موضع آخر: «مقصد الشريعة من القاضي: إبلاغه الحقوق إلى طالبيها»(٩٤).

أمَّا شيخ الإسلام ابن تيمية فقد قال: «المقصود من القضاء وصول الحقوق إلى أهلها،

وقطع المخاصمة، فوصول الحقوق هو المصلحة، وقطع المخاصمة إزالة المفسدة»(٩٥).

فأنت ترى أنه قد صرح بالمقصد الثاني وهو وصول الحقوق إلى أصحابها، وهو ما بني عليه القول بجواز سماع دعوى إثبات الحالة.

بل له - رحمه الله - كلام في غاية الأهمية في هذا الموضع، قال: «وإن كان الحق في يد صاحبه كالوقف وغيره يخاف إن لم يحفظ بالبينات أن ينسيه شرط ويجحد ولا يأتيه ونحو ذلك، فهنا في سماع الدعوى والشهادة من غير خصم حفظ الحق المجحود عن خصم مقدر، وهذا أحد مقصودي القضاء، فلذلك يسمع ذلك.

ومن قال من الفقهاء: لا يسمع ذلك، كما يقوله طوائف من الحنفية والشافعية والحنبيلة، فعنده ليس للقضاء فائدة إلاَّ فصل الخصومة ولا خصومة ولا قضاء، فلذلك لا تسمع البينة إلاَّ في وجه مدعى عليه لتظهر الخصومة، ومن قال بالخصم المسخر(٩٦) فإنه ينصب للشر ثم يقطعه، ومن قال: تسمع فإنه يحفظ الحق الموجود ويذر الشر المفقود والله أعلم» (٩٧).

وقال الفتوحي: «وأجاز بعض أصحابنا سماعها لحفظ وقف وغيره بالثبات بلا خصم، والحنفية وبعض الشافعية وبعض أصحابنا بخصم مسخر(٩٨).

فهذا الكلام يدل دلالة واضحة على جواز دعوى إثبات المعاينة كما وردت في النظام، وهذا هو الفقه الحي، وليس فقهاً تقليدياً وظيفة القضاء في رأي أصحابه وظيفة علاجية فحسب كما يراه بعض المعاصرين(٩٩).

وقال الخرشي: «تنبيه: وللقاضي أن يسمع البينة قبل الخصومة على مذهب ابن القاسم خلافاً لعبدالملك» .

قلت: وإذا علمنا أن المراد بالبينة كل ما يبين عن الحق ويثبته وليست خاصة بالشهود(١٠٠) أدركنا اتفاق نظام المرافعات مع رأي كثير من الفقهاء في هذه المسألة.

وأما سند هذه المادة من أصول التشريع فما يلي :

أولاً: عموم قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» .

قال الزرقا : » ونصها ينفي الضرر نفياً، فيوجب منعه مطلقاً، ويشمل الضرر العام والخاص، ويشمل ذلك دفعه قبل الوقوع بطرق الوقاية الممكنة»(١٠١).

ثانياً: خصوص قاعدة: «الضرر يدفع بقدر الإمكان» المتفرعة من القاعدة السابقة، فقد ذكرها الزرقا ثم قال: «هذه القاعدة تعبر عن وجوب دفع الضرر قبل وقوعه، بكل الوسائل الكافية الكافلة، وفقاً لقاعدة المصالح المرسلة والسياسة الشرعية، لأن الوقاية خير من العلاج، وذلك بقدر الإمكان؛ لأن التكليف الشرعي على حسب الاستطاعة»(١٠٢).

قلت: وإذا عدنا إلى تعريف القضاء المستعجل، واستحضرنا أنه يهدف إلى المحافظة على الأوضاع القائمة أدركنا دلالة هذه القاعدة وسابقتها على مشروعية: دعوى إثبات المعاينة بوضوح.

ثالثاً: المقصد الشرعي من القضاء الذي سبق نقله عن شيخ الإسلام ابن تيمية وهو: «حفظ الحق الموجود عن خصم مقدر». والله أعلم.

المسألة الرابعة في: دعوى منع التعرض للحيازة، ودعوى استردادها

جاء في المادة الرابعة والثلاثين بعد المائتين ما نصه: «تشمل الدعاوي المستعجلة ما يلي:

. . . ب ـ دعوى منع التعرض للحيازة ودعوى استردادها».

وجاء في المادة الحادية والثلاثين ما نصه: «تختص المحاكم الجزئية بالحكم في الدعاوي الآتية:

أ ـ دعوى منع التعرض للحيازة ودعوى استردادها».

وقد عرفت الحيازة في اللائحة (٣١/ ١) بأنها: «ما تحت اليد من غير العقار الذي يتصرف فيه بالاستعمال بحكم الإجارة، أو العارية، أو يتصرف فيه بالنقل من ملكه إلى ملك غيره؛ سواء أكان بالبيع أم الهبة، أم الوقف».

شاهد هذه المادة من الفقه:

الناظر في كتب الفقه الإسلامي يجد الاتفاق بين ما جاء في نظام المرافعات وما ذهب إليه الفقهاء في معنى الحيازة.

فهذا صاحب الشرح الصغير من المالكية يعرفها بقوله: «وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه»(١٠٣).

وفي شرح ميّارة الفاسي: «والحوز: وضع اليد على الشيء المحاز»(١٠٤).

ومثل هذا المعنى في فتح الرؤوف القادر. (١٠٥).

أمّا دعوى منع التعرض للحيازة فقد عرفت في اللائحة (٣١/ ٢) بأنها: «طلب المدعي (واضع اليد) كف المدعى عليه عن مضايقته فيما تحت يده».

شاهدها من الفقه:

إذا عدنا إلى الفقه نجد المعنى السابق لدى بعض فقهاء الحنابلة، قال ابن قدامة: «وإن ادّعى عليه أن هذه الدار لي، وأنه يمنعني منها، صحت الدعوى، وإن لم يقل إنها في يده؛ لأنه يجوز أن ينازعه ويمنعه وإن لم تكن في يده»(١٠٦).

وبمثله قال المقدسي والحجاوي(١٠٧).

وقال السيوطي: «إذا ادّعى أنه يعارضه في ملكه لم تسمع إلاَّ أن يقول: إنه يتضرر في بدنه بملازمته له، أو في ملكه بمنعه التصرف فيه أو في جاهه بشياع ذلك عليه فتسمع، ويشترط بيان ما تضرر به من هذه الوجوه وأنه يعارضه في كذا بغير حق، فيوجه الحاكم بالمنع إليه»(١٠٨).

وأمَّا دعوى استرداد الحيازة فقد عرفت في اللائحة (٣١/ ٤) بأنها: «طلب من كانت العين بيده - وأخذت منه بغير حق، كغصب وحيلة - إعادة حيازتها إليه حتى صدور حكم في الموضوع بشأن المستحق».

شاهدها من الفقه:

الناظر في هذه الدعاوى يجد أنها تلتقي في هدف واحد وهو: حماية الحيازة من الاعتداء الواقع عليها، فإن لم يصل الاعتداء إلى درجة سلب الحيازة فتكون الحماية برفع دعوى منع التعرض، وهي دعوى صحيحة كما سبق قول بعض الفقهاء بذلك.

وإن بلغ الاعتداء إلى درجة سلب الحيازة كانت الحماية برفع دعوى استرداد الحيازة، وإذا قلنا: إن من مقاصد القضاء حفظ الحقوق وإيصالها إلى أصحابها وهو الحق، وقد صرح بعض الفقهاء بصحة دعوى منع التعرض فتكون دعوى الاسترداد صحيحة من باب أولى. (١٠٩)

قال ابن عتاب: «الذي أقول به وأنقله من مذهب مالك: أن جميع الضرر يجب قطعه».

ولأننا رغبنا في معرفة توصيف هذه الدعاوي نجد أن اللائحة (٣١/ ٢) قد جاءت مصرحة بأن: «دعوى منع التعرض للحيازة هي من قبيل منع الضرر».

وعليه يكون الأصل فيها قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار».

وأصلها حديث بهذا اللفظ سبق الكلام عنه. (١١٠).

وقد قال عنها مصطفى الزرقا: «وهذه القاعدة من أركان الشريعة... وهي أساس لمنع الفعل الضار». (١١١)

المسألة الخامسة في: دعوى المنع من السفر

جاء في المادة السادسة والثلاثين بعد المائتين (٢٣٦) ما نصه: «لكل مدع بحق على آخر أثناء نظر الدعوى، أو قبل تقديمها مباشرة أن يقدم إلى المحكمة المختصة بالموضوع دعوى مستعجلة؛ لمنع خصمه من السفر، وعلى القاضي أن يصدر أمراً بالمنع إذا قامت أسباب تدعو إلى الظن أن سفر المدعى عليه أمر متوقع، وبأنه يعرض حق المدعي للخطر أو يؤخر أداءه، ويشترط تقديم المدعي تأميناً يحدده القاضي لتعويض المدعى عليه متى

ظهر أن المدعي غير محق في دعواه، ويحكم بالتعويض مع الحكم في الموضوع ويقدر بحسب ما لحق المدعى عليه من أضرار لتأخيره عن السفر» .

ما دلت عليه هذه المادة من الأحكام:

المتأمل لهذه المادة يلحظ أنها قد تضمنت أموراً كما يلي:

أولاً: منع المدعى عليه من السفر إذا قامت أسباب تدعو إلى أن سفره أمرٌ متوقع، وأنه يعرض حق المدعي للخطر .

ثانياً: منعه من السفر إذا كان سفره يؤدي إلى تأخير بذل حق المدعي في وقته المحدد له .

ثالثاً: إلزام المدعي بتقديم تأمين يحدده القاضي لتعويض المدعى عليه متى ظهر أن المدعي غير محق .

شاهد المادة: من الفقه:

بالرجوع إلى كتب الفقه نجد أن العلماء من مختلف المذاهب الأربعة قد تكلموا على المسألة، فشاهد الأمر الأول قول ابن قدامة: «فإن كان سفره للجهاد فله منعه إلاَّ بضمين أو رهن؛ لأنه سفر يتعرض فيه للشهادة وذهاب النفس، فلا يأمن فوات الحق»(١١٢) .

ويقول صاحب الاعتناء من الشافعية: «ومنها - أي من صور الحجر - الحجر على من عليه دين مؤجل ليتيم يريد السفر به في البحر المالح، فللحاكم منعه» (١١٣) .

فالعلة في منعه من السفر -وهي تعريض حق المدعي للخطر كما جاء في النظام - هي علة منعه عند الفقهاء، فالجهاد وركوب البحر في ذلك الزمن هما علة ذهاب النفس، وقد يترتب عليها فوات حق المدعي .

وإذا نظرنا إلى الأمر الثاني - وقد تضمن أن علة منع السفر هي تأخير أداء حق المدعي - نجد أن شاهده ما جاء في المغني: «ومن أراد السفر، وأراد غريمه منعه، نظرنا؛ فإن كان محل الدَّين قبل محل قدومه من السفر، مثل أن يكون سفره إلى الحج لا يقدم إلاَّ في

صفر، ودينه يحل في المحرم أو ذي الحجة، فله منعه من السفر؛ لأن عليه ضرراً في تأخير حقه عن محله»(١١٤).

وقال ابن تيمية: «إن كان الدين حالاً وهو -أي المدعى عليه- قادر على وفائه، فله -أي المدعي- منعه من السفر قبل استيفائه.

وكذلك إذا كان الدين مؤجلاً ومحله قبل قدوم المدين، فله أن يمنعه من السفر حتى يوثق برهن يحفظ المال، أو كفيل»(١١٥).

وبمثل هذا القول قال ابن فرحون من المالكية وغيره(١١٦).

وأما الأمر الثالث وهو: إلزام المدعي بتقديم تعويض للمدعى عليه، متى ظهر أنه غير محق.

فيمكن قياسه على ما ذهب إليه صاحب تهذيب الفروق السنية من المالكية من تغريم المدعي قيمة كراء الدار المحجوزة حجزاً تحفظياً أيام الحجز؛ لتدفع للمدعى عليه إذا ظهر أن المدعي غير محق، وذلك نظير تعطيله منافع ماله، فقد قال: «حكى ابن ناجي الاتفاق على أن هذا -أي: الإيقاف أو الحجز- إن صحّ مستنده ففيه ما لا يخفى من الإخلال بحق المطلوب والمحافظة على حق الطالب، فإن كان ولابد فينبغي أن يضع قيمة كرائها -أي العين المتنازع فيها- في أيام الذهاب والإيقاف زيادة على قيمتها، فإن لم يثبت شيئاً أخذه المطلوب؛ لأن هذا قد اعترض مال غيره وعطله عن منافعه»(١١٧)

قلتُ: فمن عطل غيره ومنعه من السفر دون ثبوت حق عليه أولى بدفع التعويض ممن عطل المال فقط.

وفي الذخيرة للقرافي: «إذا ألزم المدعى عليه بإحضار المدعى به لتشهد عليه البينة، فإن ثبت الحق فالمؤونة -أي: مؤنة إحضار المدعى فيه- على المدعى عليه؛ لأنه مبطل. . . وإلاَّ فعلى المدعي؛ لأنه مبطل في ظاهر الشرع»(١١٨).

فانظر إلى قوله: «وإلاَّ فعلى المدعي؛ لأنه مبطل ظاهر الشرع»، ووازنه بحال ظهور بطلان دعوى المدعي على خصمه المنع من السفر تجده مبطلاً أيضاً في ظاهر الشرع.

وقد قال ابن تيمية ـ رحمه الله ـ فيمن عليه دين وهو قادر على الوفاء: «فمطل الدائن حتى أحوجه إلى الشكاية، فما غرمه الدائن على الوجه المعتاد فهو على المماطل(١١٩).

أمَّا ما جاء في الفقرة السادسة من اللائحة (٢٣٦) ونصه: «إذا صدر أمر بالمنع من السفر، والدعوى تتعلق بمبلغ معين، فأودعه المدعى عليه لدى المحكمة، أو أحضر كفيلاً غارماً مليئاً ووكل شخصاً بمباشرة الدعوى فيسمح القاضي له بالسفر». فقد قرره ابن مازه من الحنفية وابن قدامة من الحنابلة:

قال الأول: «ولو أن رجلاً أراد سفراً، فطالبه رجل بحق يدعيه قبله، فقال المطلوب: إني أوكل وكيلاً بخصومته، جائز عليّ ما قضى به عليه، وأعطى كفيلاً بما قضى به عليه لهذا الطالب، فإن القاضي يقبل ذلك منه؛ لأنّ مقصود الطالب الوصول إلى حقه، وحقه إمَّا في جواب الخصومة أو في المال، والأول حصل بالتوكيل، والثاني حصل بإعطاء الكفيل»(١٢٠).

وقال ابن قدامة: «فإن أقام ضميناً مليئاً، أو دفع رهناً يفي بالدين عند المحل فله السفر؛ لأن الضرر يزول بذلك» (١٢١).

فقول اللائحة السابق: «. . . والدعوى تتعلق بمبلغ معين، فأودعه المدعى عليه لدى المحكمة» هو معنى قول ابن قدامة: «أو دفع رهناً يفي بالدين عند المحل».

وقولها: «أو أحضر كفيلاً غارماً مليئاً» هو معنى قول ابن قدامة: «فإن أقام ضميناً مليئاً. . . فله السفر»، ومعنى قول ابن مازه السابق: «وأعطى كفيلاً بما قضى به عليه لهذا الطالب، فإن القاضي يقبل ذلك منه».

فإن قلتَ: لم يقيد الكفيل بوصف الملاءة كما صنع ابن قدامة، وكما جاء في اللائحة؟

قلت: لك أن تحمل المطلق على المقيد، وفيما قاله ابن قدامة غنية لمن يبحث عن الحق.

سند هذه المادة من الأصول:

يظهر لي والله أعلم: أن أصل القول بمنع المدعى عليه من السفر – إذا كان سفره يؤدي إلى تأخير بذل حق المدعي في وقته – هو إزالة الضرر عن المدعي، فإن نفي الضرر أصل

عام في الشريعة، وقاعدة كبرى من قواعدها «لا ضرر ولا ضرار» .

وكذلك ما جاء في اللائحة: «ويشترط تقديم المدعي تأميناً يحدده القاضي لتعويض المدعى عليه متى ظهر أن المدعي غير محق في دعواه»، أصله القاعدة السابقة أيضاً، ولهذا جاء في المدخل الفقهي العام عند كلامه عن القاعدة: «هي أساس لمنع الفعل الضار، وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة، كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد»(١٢٢).

المسألة السادسة في: دعوى وقف الأعمال الجديدة

جاء في المادة الثامنة والثلاثين بعد المائتين (٢٣٨) ما نصه: «يجوز لمن يضار من أعمال تقام بغير حق أن يتقدم للمحكمة المختصة بالموضوع بدعوى مستعجلة لوقف الأعمال الجديدة، وعلى القاضي أن يصدر أمراً بالمنع إذا اقتنع بمبرراته، ولا يؤثر هذا الأمر بالمنع على أصل الحق ولا يكون دليلاً عليه، ولمن ينازع فيه أن يتقدم للقضاء وفق أحكام هذا النظام».

وجاء في تفسيرها ما يلي: ٢٣٨/ ١: «المراد بالأعمال الجديدة: ما شرع المدعى عليه في القيام بها في ملكه، ومن شأنها الإضرار بالمدعي».

والملاحَظ هنا أمور:

الأول: أن الإحداث يقوم به المدعى عليه في ملكه هو لا في ملك المدعي، فمتى كان في ملك المدعي فإنها لا تكون دعوى منع أعمال جديدة، وإنَّمَا دعوى منع تعرض للحيازة، وهي ما ورد في الفقرتين (٣, ٤) من رقم (٢٣٤) من اللائحة.

الثاني: أن من شأن هذا العمل الجديد إلْحاق الضرر بالمدعي، وهذا يمثل عنصر الاستعجال في هذه الدعوى.

الثالث: ألا يكون هذا العمل الذي أحدثه المدعى عليه قد اكتمل؛ لأنه لا يكون حينئذٍ من القضاء المستعجل لوقوع ما يخشى منه، وإنَّمَا يكون من باب إزالة الضرر لا منعه،

وهي من الدعاوى الموضوعية.

الرابع: أن على القاضي إصدار أمر بالمنع من الإحداث إذا اقتنع بالمبررات التي ذكرها المدعي، وهذا هو الحكم.

شاهد هذه المادة من الفقه:

المتأمل في كتب الفقه يجد الاتفاق بين ما جاء به النظام هنا والفقه.

فقد ترجم ابن جزي المسألة بمنع الضرر، قال: «الباب الخامس عشر في المرافق ومنع الضرر»(١٢٣).

وترجمها ابن فرحون بـ «نفي الضرر وسد الذرائع »(١٢٤).

وحكم ذلك عند الفقهاء هو المنع.

جاء في تبصرة الحكام: «... قال ابن عتاب: الذي أقول به وأنقله من مذهب مالك: أن جميع الضرر يجب قطعه إلاَّ ما كان من رفع بناء من هبوب الريح وضوء الشمس، وما كان في معناهما، إلاَّ أن يثبت القائم في ذلك أن محدث ذلك أراد الضرر بجاره»(١٢٥).

وقال الكناني: «والضرر يكون في المباني والمساحات والفدادين والشجر ونحوها... فمن أحدث ضرراً على جاره في بناء أو غرس أو غير ذلك منع »(١٢٦).

وقال ابن قدامة: «وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره، نحو: أن يبني فيه حماماً بين الدور، أو يفتح خبازاً بين العطارين، أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها... وبهذا قال أصحاب أبي حنيفة، وعن أحمد رواية لا يمنع، وبه قال الشافعي.. ولنا: قول النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «لا ضرر ولا ضرار» ولأن هذا إضرار بجيرانه فمنع منه»(١٢٧).

وقال ابن جزي: «من أحدث ضرراً أمر بقطعه»(١٢٨).

وفي شرح عماد الرضا: «واختار جمع منهم ابن رزين كابن الصلاح: المنع من كل مؤذٍ لم يعتد»(١٢٩).

فانظر إلى قول ابن قدامة: «ليس للرجل التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره»، وقول ابن جزي السابق ووازنه بما سبق في اللائحة (٢٣٨/ ١) من المراد بالأعمال الجديدة، تجده مطابقاً في المعنى لما جاء في الفقه، وقد بسط الفقهاء الكلام في هذه المسألة، وذكروا وجوهاً كثيرة للضرر، وقسموه إلى متفق عليه ومختلف فيه(١٣٠).

سند هذه المادة من الأصول:

وأما الأصل الذي يدل على مشروعية هذه المادة فما يلي :-

أولاً: عموم قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار» كما صرح بذلك ابن قدامة.

ثانياً: قاعدة «درء المفاسد أولى من جلب المصالح».

قال الشيخ أحمد الزرقا: » مما تفرع على هذه القاعدة: . . . أنه ليس للإنسان . . . أن يحدث في ملكه ما يضر بجاره ضرراً بيناً . . . »(١٣١)، ولابنه مصطفى نحو هذا الكلام(١٣٢).

المسألة السابعة في: طلب الحراسة

جاء في المادة التاسعة والثلاثين بعد المائتين (٢٣٩) من نظام المرافعات ما نصه: «ترفع دعوى طلب الحراسة للمحكمة المختصة بنظر الموضوع في المنقول أو العقار الذي يقوم في شأنه نزاع، ويكون الحق فيه غير ثابت، وللقاضي أن يأمر بالحراسة إذا كان صاحب المصلحة في المنقول أو العقار قد قدم من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزة . . . ».

وجاء في اللائحة التنفيذية (٢٣٩/ ١) تعريف الحراسة بأنها: «وضع الأموال المتنازع عليها في يد أمين يعينه القاضي إن لم يتفق على تعيينه ذوو الشأن».

شاهد هذه المادة من الفقه:

هذا الحارس يعرف في كتب الفقه بالقيِّم أوالعدل، أو الأمين، وقد عرفه ابن مازه فقال: «القيِّم: من فوض إليه حفظ المال، والقيام عليه، وجمع الغلات، دون التصرف حتى لو تصرف يصير مخالفاً.

والوصي: من فوض إليه التصرف والحفظ جميعاً، لكن هذا الفرق من قَبْل، أمَّا في زماننا فإنه لا فرق بين القيِّم والوكيل»(١٣٣).

وقال ابن أبي الدم في تعريفه: «والقيّم في اصطلاح الأمة هو: من ينصبه القاضي أميناً لحفظ مال الطفل والتصرف فيه»(١٣٤).

وقد ذكر السمناني: أن الشرع قد جعل للقاضي أن ينصب الأمناء، وأن يجعل التصرف إليهم على سبيل العموم تارة وعلى سبيل الخصوص تارة أخرى؛ لأن القاضي منصوب للتصرف في مصالح المسلمين، فهو نائب عن الإمام. (١٣٥)

وقال ابن القاص: «واتفقا – أي أبو حنيفة والشافعي – على أنه لو ادّعى أمة، أو ادّعى امرأة وهي تحت آخر، أو ادّعت امرأة طلاق زوجها، أو ادّعت أمة على سيدها عتقاً، أو أنها حرة، وشهد للمدعي شاهدان، أنه يعدّل ذلك كله إلى أن يسأل عن الشهود»(١٣٦).

ثم قال: «واختلف قول الشافعي والكوفي إذا كانت الدعوى في شيء بعينه ينقل - غير الفروج - كالدابة والعبد والعرض في يدي رجل، فادعاه آخر، أو ادّعى عبد على سيده أنه أعتقه، وأقام المدعي شاهدين، وسأل المدعي أن يعدل ذلك إلى أن يسأل عن الشهود، فمذهب الشافعي في ذلك كله أن يعدل، قاله في العبد إذا ادّعى على سيده العتق نصاً. . . وقلته في الباقي تخريجاً عليه(١٣٧).

وقال الكوفي: لا يعدل في شيء من ذلك، ولكن يؤخذ من المدعى عليه كفيل بنفسه وبنفس الدابة والسلعة، فإن أبى أن يعطي كفيلاً بنفس ما خوصم فيه، أو كان المدعى عليه الذي في يده الشيء مريباً يخاف عليه أن يبريه ماله فيعدل حينئذٍ»(١٣٨).

فيؤخذ من هذا النقل اتفاق الإمامين على تعديل ما يخشى معه بقاء المال تحت يد المدعى عليه، وهذا معنى ما جاء في المادة السابقة من النظام: «ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه»، فاتفق النظام مع الفقه في هذا، وذلك فيما يتعلق بالمنقول.

وأمّا ما يتعلق بالعقار فلعل نظيره ما قاله ابن أبي الدم: «وفي العقار إذا أقام شاهدين مجهولين، وطلب الحيلولة بين الداخل - صاحب اليد - وبينه إلى أن يزكي بينته، هل يجاب إليه؟ فيه وجهان، وفي الشاهد الواحد العدل وجهان مرتبان»(١٣٩).

قلتُ: مراده بالوجهين: إجابة المدعي في طلبه الحيلولة بين المدعى عليه والمدعى فيه بوضعه تحت يد أمين، وعدم إجابته.

سند هذه المادة من الأصول:

وأصل هذه المادة والله أعلم - في أقل أحوالها - المصالح المرسلة، المبنية على قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار».

وقد قال العز بن عبدالسلام: «كل تصرف جالب لمصلحة، أو دارئ لمفسدة، فقد شرع الله من الأركان والشرائط ما يحصل تلك المصالح المقصودة الجلب بشرعه، أو يدرأ المفاسد المقصودة الدرء بوضعه»(١٤٠).

وجاء في اللائحة (٢٣٩/ ٦) ما نصه: «للقاضي الذي أقام الولي أو الناظر، أو لخلفه: الأمر بالحراسة إذا أساء الولي أو الناظر التصرف في مال القاصر أو الوقف، حتى ينتهي موضوع النظر في الولاية والنظارة من قبله».

شاهد هذه المادة من الفقه:

لقد ذهب جمع من فقهاء الإسلام وقضاته إلى عزل ناظر الوقف وولي اليتم إذا ظهر منهما ما يخشى معه سوء التصرف في مال القاصر أو الوقف، كالفسق وخيانة الأمانة، أو الفسق وحده أو التبذير، وممن ذهب إلى ذلك الماوردي من الشافعية وابن مازه من الحنفية

وابن قدامة من الحنابلة(١٤١).

قال ابن مازه: «فإن أحسّ بخيانته حبسه واستبدل به غيره» (١٤٢).

وقال ابن أبي الدم: «نظر... في أمر الأمناء والقوام، فيتفقد أحوالهم فيعزل من يرى عزله مصلحة وجائزاً...»(١٤٣).

ولم أتمكن من كلام صريح للفقهاء في مسألة الأمر بالحراسة ـ في هذه الحالة ـ إلى أن ينتهي موضوع النظر في الولاية والنظارة واختيار الأمين العدل ليرد إليه ما نزع من الأول، لكن إذا علمنا أن مقصود ذلك هو: المحافظة على أموال الأيتام والوقف، وعلمنا أن من القواعد الشرعية: ما لا يتم الواجب إلاَّ به فهو واجب، أدركنا أن للقاضي الأمر بتلك الحراسة، كيف وهو نائب الإمام في المحافظة على هذه الأموال.

وقد قال ابن القيم: «وجميع الولايات الإسلامية: مقصودها: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، لكن من المتولين من يكون بمنزلة الشاهد المؤتمن، والمطلوب منه الصدق»(١٤٤).

سندها:

وسند هذه المادة من الأصول:

أولاً: المصالح المرسلة كما تقدم في سابقتها.

ثانياً: قاعدة «ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب».

المادة: الأربعون بعد المائتين (٢٤٠)، وقد جاء فيها ما نصه: «يكون تعيين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعاً، فإذا لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه...».

شاهدها من الفقه:

قلتُ: وهذا يشبه ما ذكره ابن قدامة فيمن تكون بيده العين إذا تنازع فيها الشريك

والمرتهن، فقد قال: «وإن رهنه سهماً مشاعاً مِمَّا لا ينقل خلى بينه وبينه، سواء حضر الشريك أو لَمْ يحضر.

وإن كان منقولاً كالجوهرة يرهن نصفها فقبضُها تناولها، ولا يمكن تناولها إلاَّ برضا الشريك، فإن رضي الشريك تناولها، وإن امتنع الشريك فرضي المرتهن والراهن بكونها في يد الشريك جاز، وناب عنه في القبض.

وإن تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلاً تكون في يده لهما» (١٤٥).

فيمكن أن يخرج على قوله: «فرضي المرتهن والراهن بكونها في يد الشريك جاز» أن تعيين الحارس يكون باتفاق ذوي الشأن.

ويخرج على قوله: «وإن تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلاً تكون في يده لهما» تعيين القاضي للحارس في حالة عدم اتفاق ذوي الشأن، والله أعلم.

وجاء في اللائحة (٢٤٠/ ٤) ما نصه: «للقاضي أن يعهد بالحراسة إلى أكثر من شخص إذا اقتضى الأمر ذلك».

أمَّا الفقهاء فقد ذهب بعضهم كالماوردي والسمناني وابن قدامة إلى أنه يتعين على القاضي أن يضم إلى الوصي من يعينه إذا كان أميناً ضعيفاً لا يقدر على التفرد بما عهد به إليه(١٤٦)، فيمكن أن يقاس على هذا تعدد الحراس إذا رأى القاضي المصلحة في ذلك.

المادة الرابعة والأربعون بعد المائتين (٢٤٤) وقد جاء فيها: «يلتزم الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة، وعلى القاضي إلزامه باتخاذ دفاتر عليها ختم المحكمة عند الاقتضاء، ويلتزم بأن يقدم في الفترات التي يحددها القاضي أو في كل سنة على الأكثر لذوي الشأن، حساباً بما تسلمه وبما أنفقه معززاً بما يثبت ذلك من مستندات...».

شاهد هذه المادة من الفقه:

قلتُ: هذه المادة تضمنت مطالبة الحراس بإقامة الحساب، وتعرف في كتب الفقه بمطالبة

الأمناء بإقامة الحساب، ورأي جمهور الفقهاء أن ذلك راجع إلى القاضي، فمتى رأى مطالبتهم بالحساب فله ذلك خلافاً لابن الصلاح ومن معه أن الأمناء لا يطالبون بإقامة الحساب.

جاء في شرح أدب القضاء: «وينبغي للقاضي أن يحاسب الأمناء على ما جرى على أيديهم من أموال المسلمين وغلاّتهم؛ لأن القاضي هو الذي يلي التصرف في أموال اليتامى وأموال الوقف. . .» (١٤٧).

وقال في موضع آخر: «فلو قال القاضي للأمناء: لا أقبل منكم الجملة، لكن أحاسبكم شيئاً فشيئاً، شهراً فشهراً، وسنة فسنة، فهذا على وجهين:

إن كان الوصي والقيّم معروفاً بالصلاح والأمانة وقال: إنَّمَا بقي في يدي هذا القدر من المال. . . فيكون القول قول الأمين مع يمينه.

وإن كان الوصي أو القيم غير معروف بالصلاح والأمانة فالقاضي يحتاط في ذلك ويحاسبه شيئاً فشيئاً»(١٤٨).

وقال ابن أبي الدم: «ويحاسب الأمناء على ما هم مباشروه» (١٤٩).

وجاء في شرح عماد الرضا: «لا يطالب أحد منهم – أي: الأمناء – بإقامة حساب، بل إن ادُّعي عليه خيانة فالقول قوله بيمينه ـ في نفيها، ـ ذكره ابن الصلاح ٠٠٠ في الوصي، والهروي في أمناء القاضي، قال البلقيني: ومثلهم بقية الأمناء. . . لكن الأوجه أن الأمر في ذلك راجع إلى القاضي، لكن لا بالتشهي بل بحسب المصلحة، فإن رآها طولبوا وإلاَّ فلا، ورجحه مرجحون، لكن جزم جمع بأن للمستحق مطالبة الناظر بإقامة الحساب، وهو من الأمناء بلا ريب، وظاهر أنه لا يتوقف على رأي القاضي بل متى طلب المستحق وجب» (١٥٠).

فأنت ترى أن من كان الأصل فيه الأمانة يطالب بإقامة الحساب في تلك العصور، فكيف في هذا الزمن الذي غلب فيه حب المال على النفوس، وازدادت فيه المشاحة، على أن ما جاء في النظام من أن الحارس يلتزم بأن يقدم الحساب في الفترات التي يحددها

القاضي أو في كل سنة على الأكثر شاهده من الفقه ما سبق نقله عن ابن مازه.

سند المادة السابقة من الأصول:

وأما الأصل الشرعي الذي يمكن أن تبنى عليه هذه المادة فما يلي:

أولاً: فعل الصحابي، فقد روي عن عمر رضي الله عنه «أنه كان يحاسب عماله كل سنة»(١٥١).

ثانياً: المصلحة، فحفظ الأموال مقصد كلي من مقاصد الشريعة(١٥٢).

وقد جاء في اللائحة (٢٤٤/ ١) ما نصه: «إذا أنفق الحارس على الأموال المعهود إليه حراستها من ماله الخاص فله الرجوع على ذوي الشأن بدعوى يقيمها لدى المحكمة المختصة إن لم يصدقوه ويبذلوا له ما طلب».

وأرى وجاهة ما ورد في هذه الفقرة شرعاً.

أما شاهدها: فقد ذهب جماهير الفقهاء إلى قبول قول الوصي والقيِّم فيما ادعّى إنفاقه على اليتيم والضيعة ونحو ذلك إذا كان ما ادعاه محتملاً، فليكن للحارس حق التقدم بدعوى إلى المحكمة المختصة إذا لم يصدقه ذوو الشأن فيما ادعى إنفاقه على الأموال المعهود إليه بحراستها، فهو قيمّ أو كالقيم(١٥٣).

وأما سندها: والله أعلم ـ فقاعدة: «الغرم بالغنم».

فالغرم هو: «ما يلزم المرء لقاء شيء من مال أو نفس، وهو مقابل بالغنم وهو: ما يحصل له من مرغوبه من ذلك الشيء» كذا قاله الزرقا(١٥٤).

قلت: وقد التزم الحارس بحفظ المال لأصحابه، وتدويره أو إدارته، والتزم المحاسبة على ذلك، فالعدل يقتضي أن يكون له حق إقامة الدعوى على ذوي الشأن فيما أنفقه من ماله الخاص على الأموال المعهود إليه بحراستها إذا لم يصدقوه ويبذلوا له ما طلب.

وفي اللائحة (٢٤٣/ ٢) جاء ما نصه: «يتقاضى الحارس أجره المحدد له من الغلة التي

في يده، وإلاّ فمن ذوي الشأن، وعند الاختلاف يفصل في ذلك ناظر القضية أو خلفه».

قلتُ: وإذا كان الحارس حافظاً للأموال المتنازع عليها فقد قال زكريا الأنصاري: «وأجرة الحبس والسجان على المسجون، والحافظ على المحفوظ له»(١٥٥).

وقد ذهب الماوردي وابن مازه وابن أبي الدم إلى أن للأمناء والقوام أجرة المثل(١٥٦).

سندها من الأصول:

وأما أصل هذه المادة فهي أدلة مشروعية الإجارة الدالة على تعجيل الإجارة، ومنها ما يلي :-

أولاً: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾. (١٥٧).

قال ابن قدامة: «فأمر بإيتائهن بعد الإضاع»(١٥٨).

ثانياً: ما أخرجه ابن ماجه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه»(١٥٩).

فالحديث يدل دلالة صريحة على وجوب بذل أجرة الأجير عقب إتمامه عمله دون تأخير، وهو وإن كان موجهاً إلى المستأجرين أصحاب الأعمال، فما المانع من أن يتوجه الخطاب به إلى ولاة الأمر فيكون ذلك من اختصاص القضاء المستعجل؟

المسألة الثامنة في: أجرة الأجير اليومية

جاء في المادة الرابعة والثلاثين بعد المائتين من نظام المرافعات ما نصه: «تشمل الدعاوى المستعجلة ما يلي:

و- الدعوى المتعلقة بأجرة الأجير اليومية».

وجاء في الفقرة (٢) من اللائحة المفسرة لها ما نصه: «يقصد بالدعوى المتعلقة بأجرة الأجير اليومية: إذا كان المدعي يطالب بتسليمه أجرته اليومية، ولا يدخل في هذه المطالبة بالأجرة عن عقار أو عمل أجر شهري وفق المادة (٣١)».

قلتُ: إذا عرفنا أن المراد بالأجرة في اصطلاح الفقهاء هي: «ما يلتزم به المستأجر

عوضاً عن المنفعة التي يتملكها»(١٦٠)، وأن الأجير يكون خاصاً، ومشتركاً، والخاص هو: «من يعمل لمعين عملاً مؤقتاً، ويكون عقده لمدة»(١٦١)، وإذا لاحظنا أن النظام قد نص على أن الدعوى المتعلقة بأجرة الأجير اليومية هي من الدعاوى المستعجلة أدركنا أن التعجيل – بإعطاء الأجير أجرته مطلقاً سواء أكانت يومية أم غير ذلك، دون تأجيل – هو مقصد من مقاصد الشريعة في المعاملات المنعقدة على عمل الأبدان، فكيف إذا كان النّزاع في أجرة الأجير اليومية. وقد استقر في العرف أن الأجير مظنة الحاجة إلى أجرته، فليس له موئل مالي، هذا يؤكد تعين أن تكون الدعوى المتعلقة بأجرة الأجير اليومية إحدى الدعاوي المستعجلة. (١٦٢)

أما شاهد المادة من الفقه

فقول صاحب الهداية: «القياس يقتضي استحقاق الأجر ساعة فساعة، لتحقق المساواة، إلاَّ أن المطالبة في كل ساعة تفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به»(١٦٣).

وقول ابن قدامة: «قال ابن أبي موسى: وإن استُؤجر في كل يوم بأجر معلوم، فله أجر كل يوم عند تمامه»(١٦٤).

وقول صاحب فتح الجليل: «وإلاَّ... فمياومة.. أي: كلما استوفى المستأجر منفعة يوم تعين عليه دفع أجرته... وهذا عند المشاحّة»(١٦٥).

سند هذه المادة من الأصول:

لقد وردت النصوص بالدلالة على تعجيل الأجرة، ومن ذلك ما يلي:

أولاً: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾(١٦٦).

وقد سبق ذكر الآية ووجه الدلالة منها في آخر المسألة السابقة. (١٦٧)

ثانياً: ما روي عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أنّ النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة... ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه

أجره»(١٦٨).

قال ابن قدامة: «فتوعَّد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل، دلّ على أنها حالة الوجوب»(١٦٩).

وقال ابن عاشور في الحديث: «وهذا صادق بتأخير إعطائه أجره، وبحرمانه منه، وإن كان الثاني أشدّ»(١٧٠).

ثالثاً: ما سبق في آخر المسألة قبلها: أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال: «أعطوا الأجير حقه قبل أن يجفّ عرقه».

وقد تقدم وجه الدلالة منه (١٧١).

قلتُ: وبالنظر فيما سبق من نصوص الشريعة وأقوال الفقهاء يتبين أن الدعوى المتعلقة بأجرة الأجير اليومية إذا طالب بها صاحبها، أنها تكون من اختصاص القضاء المستعجل، ولو لم تدرج ضمن القضاء المستعجل، فإن الأجير سيعجز عن متابعة القضاء الموضوعي، ممَّا يؤدي به إلى ترك حقه فتزول حرمة الشريعة وحرمة القضاء بخاصة من نفوس الناس، وفي هذا مفسدة عظيمة كما قال ابن عاشور»(١٧٢)

المسألة التاسعة في: الحجز التحفظي

لَمْ يذكر نظام المرافعات تعريفاً للحجز التحفظي، والمفهوم أن المراد بالحجز: الحجز على العين فقط، والفقهاء لم يستعملوا لفظ الحجز للدلالة على حبس مال المدين عن تصرفه فيه، ولكن عبروا عن ذلك بالحجر، أي بالمهملة بدل المعجمة، وهذا الاستعمال يشمل الحجز على العين (أي مصطلح نظام المرافعات) ويشمل إلى جانب ذلك الحجر على الذمة وعلى التصرف.

فالحجز في نظام المرافعات هو نوع من أنواع الحجر عند الفقهاء.

وقد عرف ابن قدامة الحجر بأنه: «منع الإنسان من التصرف في ماله»(١٧٣)

وعرفه البكري من الشافعية: «بالمنع من التصرف في المال»(١٧٤).

ويطلق عليه المالكية: «التوقيف»، كما يطلقون عليه «العقلة»(١٧٥)

وأمَّا تعريف الحجز التحفظي مركباً فيمكن أن يؤخذ من قول الفتوحي الحنبلي: «الحجر: منع مالك من تصرفه في ماله، ولفَلَس: منع حاكمٍ مَن عليه دين حالّ يعجز عنه من تصرفه في ماله الموجود مدة الحجر»(١٧٦).

فحبس المال حمايةً له من الضياع، وصيانةً لحق الدائن إذا خشي تفريط المدين - وهو ما يقصده نظام المرافعات من الحجز التحفظي أو الاحتياطي - موجودٌ في هذا التعريف، والله أعلم.

وبهذا فالحجز التحفظي قد أعطاه نظام المرافعات صفة الاستعجال، وقد دل على ذلك ما جاء في المادة (٢٠٨) وما جاء في المادة (٢٣٤) فقرة (ز).

صور الحجز التحفظي:

للحجز التحفظي صور، منها ما جاء في المادة الثامنة بعد المائتين (٢٠٨) من النظام ونصها: «للدائن أن يطلب إيقاع الحجز التحفظي على منقولات مدينه إذا لم يكن للمدين محل إقامة ثابت في المملكة، أو خشي الدائن لأسباب مقبولة اختفاء أو تهريب أمواله».

شاهد هذه المادة من الفقه:

الملاحظ أن النظام قد قصد توفير الحماية للدائن من ضياع حقه، ويُمكن أن يستأنس لهذا بما قاله السيوطي: «وحجر القاضي على من ادّعي عليه بدين في جميع ماله إذا اُتِّهم بحيلة، وقد أقام المدعي شاهدين ولم يزكيا على رأي». (١٧٧)

فانظر إلى قوله: «إذا اتُّهم بحيلة» ووازنه بما ورد في المادة السابقة من النظام.

وقال ابن أبي الدم: «إذا ادّعى على رجل بعين في يده أو ادعى عليه بدين... وخيف من إقراره بما هو في يده لأولاده أو لغيرهم، وجرى هذا في بلد قد عمّ هذا بينهم، واشتهر فيما لديهم، وهذا المدعى عليه أشهر من غيره في فعل هذا، فالتمس المدعي الحجر عليه

إلى أن يقيم البينة، فذكر بعضنا فيه خلافاً، ورأى بعض مذهب القاضي حسين، ورأى بعض أن هذا كالمفلس إذا أحاطت به الديون وتحقق أنّ خرجه أكثر من دخله، وخيف عليه فوات ماله، وهناك يتعين ضرب الحجر عليه على الأصح، فهذا قريب الشبه به، والكل متجه محتمل»(١٧٨).

فانظر إلى قوله: «وخيف من إقراره بما هو في يده لأولاده أو لغيرهم» تجد أن في معناه ما جاء من قول المنظم السابق: «أو خشي الدائن لأسباب مقبولة اختفاء أو تهريب أمواله».

وجاء في الفقرة الثانية من اللائحة (٢٠٨/ ٢) ما نصه: «إذا كان المتنازع فيه عقاراً، وقد أقيمت فيه الدعوى فللقاضي بناءً على طلب الخصم أن يأمر بوقف نقل الملكية وما في حكمها حتى تنتهي الدعوى إذا ظهر له ما يبرر ذلك».

شاهدها من الفقه:

قلتُ: قد ذهب إلى هذا المعنى ابن فرحون من المالكية، وأورد حادثة عرضت على الإمام مالك - رحم الله الجميع - تؤيد ذلك، قال: «ولا يعقل على أحد شيء حتى ينضم إلى ذلك سبب يقوي الدعوى أو لطخ... فإذا ثبت هذا فالاعتقال في الرباع على وجهين:

الأول: عند قيام الشبهة الظاهرة أو ظهور اللطخ، فيريد المدعي توقيفه حتى يثبته، فالتوقيف هنا: بأن يمتنع الذي هو في يده أن يتصرف فيه تصرفاً يفيته كالبيع، أو يخرجه به عن حاله كالبناء والهدم ونحو ذلك من غير أن ترفع يده عنه»(١٧٩).

فقوله: «بأن يمتنع الذي هو في يده أن يتصرف فيه تصرفاً يفيته كالبيع» هو معنى قول اللائحة السابق: «فللقاضي بناءً على طلب الخصم أن يأمر بوقف نقل الملكية وما في حكمها...».

ثم قال ابن فرحون: «مسألة في شهادات المدونة: في رجل حفر في أرض بيده عيناً،

فادعى فيها رجل دعوى، واختصما إلى صاحب المياه - هو قاض مختص بالنظر بين البدو الرحل - فأوقفهم حتى يرتفعوا إلى المدينة، فشكا حافر العين إلى مالك، فقال مالك: أراه قد أحسن حين أوقفها وأراه قد أصاب، فقال صاحب الأرض: اتركْ عمالي يعملون، فإذا استحق الأرض فليهدم، فقال مالك: لا أدري ذلك، وأرى أن توقف فإن استحق حقه وإلاَّ بنيت.

قال ابن القاسم: وهذا إذا كان للدعوى وجه وإلاَّ فلا»(١٨٠).

المادة العاشرة بعد المائتين (٢١٠)، وقد جاء فيها: «لمن يدعي ملك منقول: أن يطلب إيقاع الحجز التحفظي عند من يحوزه متى كانت هناك دلائل واضحة تؤيد ادعاءه».

وشاهدها:

قول صاحب (نظام القضاء في الشريعة الإسلامية): «أمَّا العروض وسائر الأموال المنقولة التي لا يخشى عليها الفساد والتلف، فالظاهر أنها تبقى في يد المدعى عليه إلى نتيجة الدعوى، مع إعلامه بعدم جواز التصرف فيها على نحو يتلفها أو يخرجها من حيازته لها»(١٨١).

بهذا فالاتفاق في الحكم والمعنى ظاهر بين ما جاء في النظام، وما جاء في الفقه فيما لا يخشى عليه الفساد بالحجر.

أمَّا صاحب الفروق السنية ففرق في المنقولات - غير العقار - بين ما يخشى عليه الفساد فيبقى في يد حائزه، وما لَمْ يخش عليه ذلك من المنقولات فيوضع عند أمين. (١٨٢)

قلتُ: وبهذا قد يلتبس الحجز التحفظي بالحراسة، غير أنه يُمكن أن يفرق بينهما بفرق جوهري أو رئيس وهو: أن الحجز فيه تجميد للمال بخلاف الحراسة ففيها إدارة له.

المادة الثانية عشرة بعد المائتين (٢١٢) وقد جاء فيها ما نصه: «لا يوقع الحجز التحفظي في الأحوال المنصوص عليها في المواد الأربع السابقة [٢٠٨ - ٢١١] إلاَّ بأمر من المحكمة التابع لها محل إقامة المحجوز عليه...».

شاهدها من الفقه:

القول بأن الحجز بأمر الحاكم هو قول جمهور الفقهاء، ومنهم ابن قدامة، فقد قال: «ومتى لزم الإنسان ديون حالة لا يفي ماله بها، فسأل غرماؤه الحاكم الحجز عليه لزمته اجابتهم»(١٨٣).

المادة الخامسة عشرة بعد المائتين (٢١٥) وقد جاء فيها ما نصه: «يجب على طالب الحجز أن يقدم إلى المحكمة إقراراً خطياً من كفيل غارم صادر من كاتب العدل يضمن جميع حقوق المحجوز عليه، وما يلحقه من ضرر إذا ظهر أن الحاجز غير محق في طلبه».

شاهدها من الفقه:

هذه المادة من مواد إجراءات إيقاع الحجز التحفظي، وقد ألزمت طالب الحجز - المدعي - بتقديم ما يضمن حقوق المحجوز عليه وما يلحقه من ضرر إذا ظهر أن الحاجز غير محق في طلبه دون فرق بين ما إذا كان طلب الحجز لشبهة ودليل قدمه الطالب أو بمجرد الدعوى فقط، كما أن النظام في هذه المادة لم يفرق بين العقار وغيره.

وبالرجوع إلى كتب الفقه نجد أن صاحب تهذيب الفروق والقواعد السنية من المالكية قد ذكر أن المنصوص من المذهب عدم الحجز والتوقيف بمجرد الدعوى مطلقاً، أمَّا العمل فقد جرى بالإيقاف والحجز بمجرد الدعوى في غير العقار.

ثم بين كيف تتم المحافظة على حق المطلوب وهو ما تضمنته المادة (٢١٥)، فقال ما نصه: «لكن حكى ابن ناجي الاتفاق بأن هذا - أي الحجز بمجرد الدعوى دون شبهة - إن صح مستنده ففيه من الإخلال بحق المطلوب والمحافظة على حق الطالب، فإن كان ولابد فينبغي أن يضع قيمة كرائها في أيام الذهاب والإيقاف زيادة على قيمتها، فإن لم يثبت شيئاً أخذه المطلوب؛ لأن هذا قد اعترض مال غيره وعطله عن منافعه من غير أن يستند إلى لطخ، بخلاف ما إذا استند له، فلا يضمن الكراء للشبهة، ولم أر ذلك منصوصاً لأحد ممن قال بهذا العمل. . .

وقد قال في الذخيرة: إذا التزم المدعى عليه إحضار المدعى فيه لتشهد البينة على عينه

فإن ثبت الحق فالمؤونة على المدعى عليه؛ لأنه مبطل وإلاَّ فعلى المدعي؛ لأنه مبطل في ظاهر الشرع»(١٨٤).

قلتُ: وهذا يدل على عدل الشريعة، وقد اتفق النظام مع الفقه في هذا الإجراء. والله أعلم.

سند ما سبق من صور الحجز:

مسألة الحجز يمكن إرجاعها إلى الأصول الشرعية الآتية:-

أولاً: حديث كعب بن مالك الذي أخرجه الحاكم أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «حجر على معاذ وباع عليه ماله»(١٨٥).

فإن قيل: إن ذلك كان بطلب من معاذ نفسه لا من الغرماء كما قال إمام الحرمين في النهاية وتبعه تلميذه الغزالي.

قلتُ: قال ابن حجر: «إن ذلك خلاف ما صح من الروايات المشهورة، ففي المراسيل لأبي داود: التصريح بأن الغرماء التمسوا ذلك»(١٨٦).

ثانياً: قاعدة: «الضرر يدفع بقدر الإمكان» المتفرعة من: «لا ضرر ولا ضرار»، قال مصطفى الزرقا: «هذه القاعدة - أي: الصغرى - تعبر عن وجوب دفع الضرر قبل وقوعه، بكل الوسائل الكافية الكافلة، وفقاً لقاعدة المصالح المرسلة، والسياسة الشرعية. . .

ففي ميدان الحقوق الخاصة. . . شرع الحجر على المدين المفلس منعاً لضرر الدائنين من تصرفاته»(١٨٧).

ثالثاً: أن من مقاصد القضاء: سرعة إيصال الحقوق إلى أصحابها، ودرء مفسدة الظالمين، وهذا ما يهدف الحجز التحفظي إلى تحقيقه.

قال ابن عبدالسلام: «الغرض من نصب القضاة، إنصاف المظلومين من الظالمين، وتوفير الحقوق على المستحقين. . . فلذلك كان سلوك أقرب الطرق في القضاء واجباً على الفور لما فيه من إيصال الحقوق إلى المستحقين ودرء المفسدة عن الظالمين. . .»(١٨٨)

وقال ابن عاشور: «ومن أحسن الوسائل ما ثبت في المذهب المالكي من توقيف المدعى

فيه إذا قامت البينة ولم يبق إلا إكمالها، وهو المسمى بالعقلة، وهي جارية على قول مالك في الموطأ ومضى به العمل . . . فإن إيقاف المتنازع فيه يحصل به تعطيل مفسدة استمرار الظالم على ظلمه قبل تمكين المحق بحقه، ويحصل به الإسراع بإيصال الحق إلى مستحقه عند القضاء»(١٨٩).

قلتُ: وعليه ينبغي لقضاة المستعجل بخاصة التنبه لهذا المقصد ومراعاته. والله أعلم.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، ثم أما بعد . .

فقد تبين لي مما سبق عرضه ما يلي:

أولاً: أنّ القضاء المستعجل الوارد في نظام المرافعات الشرعية لا تعارض مواده واللائحة التنفيذية لها نصاً من نصوص الشريعة ولا إجماعاً.

ثانياً: أنّ جُلّ دعاواه إن لم يكن كلها هي من دعاوى منع الضرر قبل وقوعه، أو دفعه حال وقوعه أو قطع استمرار وقوعه.

فدعوى المعاينة مثلاً: هي دعوى وقائية لحفظ ا لحق وحمايته من الضرر المتوقع عليه.

ودعوى منع التعرض للحيازة من قبيل منع الضرر، كما جاء في المادة (٣١).

ومثلها دعوى منع الإحداث، وقد ترجمها ابن جزي بمنع الضرر، وابن فرحون بنفي الضرر وسدّ الذرائع كما سبق.

ودعوى استرداد الحيازة من دعاوى قطع الضرر قبل تمامه، وقد قال الإمام مالك: جميع الضرر يجب قطعه.

ودعوى المنع من السفر هي دعوى لمنع ضرر تأخير الحق، قال ابن قدامة في علة المنع: «لأنّ عليه ضرراً في تأخير حقه عن محله»(١٩٠)

وأمّا دعوى الحراسة والحجز التحفظي فلمنع ضرر إضاعة الحق.

ودعوى أجرة الأجير اليومية، فلمنع ضرر بطء التقاضي في القضاء الموضوعي.

قال ابن عاشور: «بقي علينا إكمال القول في مقصد التعجيل بإيصال الحقوق إلى أصحابها، وهو مقصد من السمو بمكانة؛ فإن الإبطاء بإيصال الحق إلى صاحبه عند تعينه... يثير مفاسد كثيرة منها: حرمان صاحب الحق من الانتفاع بحقه، وذلك إضرار به»(١٩١)

وإذا تبيّن ما سبق يكون الأصلُ في تلك الدعاوى «دعاوى القضاء المستعجل» قولَه ـ صلى الله عليه وسلم ـ: «لا ضرر ولا ضرار»، بهذا فالصلة بين النظام والفقه وأصول التشريع وثيقة، والشواهد على ذلك كثيرة، وما ذكر منها عبارة عن أمثلة فقط، والله أعلم، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

الهوامش:

(١) سورة الأنبياء: الآيتان (٧٨)، (٧٩).
(٢) هذا جزء من حديث رواه الشهاب القضاعي في مسنده ٢/١٥٢ عن عمران بن حصين ـ رَضي الله عنه ـ يرفعه إلى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ بهذا اللفظ.
واستشهد به شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى في عدة مواضع منها: ما في جـ٢٠ص٥٨ وجـ٢٨ ص٢٥٨ وجـ٢٩ ص٤٤ وقال في الموضع الأخير: «حديث مرسل» .
(٣) انظر: التعريفات ص١٧٧، ومختار الصحاح مادة «ق ض ى» ص٥٤٠.
(٤) راجع منتهى الإرادات ٥/٢٦٢، وانظر: أدب القضاء للسروجي ص٩٧.
(٥) دراسات في قانون المرافعات جـ١ ص٢٦٩.
(٦) الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ص٣٨٤-٣٨٥.
(٧) أصول وقواعد المرافعات ص٦٦٢-٦٦٣.
(٨) لسان العرب: مادة» نظم» ٢/٥٧٨.
(٩) التعريفات ص ٢٤٢.
(١٠) الواقعة الآية (٣٤).
(١١) انظر: مختار الصحاح مادة «ر ف ع» ص٢٥٠.
(١٢) لسان العرب مادة» رفع» ٨/١٣٠.
(١٣) انظر: أدب القاضي لابن القاص ١/١٤١، والذخيرة ١٠/٤١، وفصول الأحكام ص٢٣٩، والمدخل إلى فقه المرافعات ص٢٥.
(١٤) دراسات في قانون المرافعات» السلطة القضائية والاختصاص١/٤.
(١٥) المجمل مادة «فقه» ٢/٧٠٣ وانظر: المفردات في غريب القرآن كتاب الكاف ص٣٨٤.
(١٦) انظر: مختار الصحاح مادة» ف ق هـ» ص٥٠٩، والمفردات في غريب القرآن الموضع السابق.
(١٧)(١٨) قواطع الأدلة ١/٩-١٠
(١٩) البحر المحيط ١/٢١.
(٢٠) انظر: المرجع السابق نفس الجزء، ص١٩ .
(٢١) انظر: لسان العرب، مادة» أصل» ١١/١٦، والمفردات في غريب القرآن، كتاب الألف ص١٩.
(٢٢) مختار الصحاح، مادة «ش ر ع» ص٢٣٥.
(٢٣) المفردات، كتاب الشين ص٢٥٨.
(٢٤) الفروق ٢/٣، وانظر: شرح القواعد الفقهية ص٣٥-٣٧.
(٢٥) مقدمة الشيخ (بكر أبو زيد) على الموافقات ١/ب.
وانظر كذلك: مقاصد الشريعة لعاشور ص٧٠فما بعد.
(٢٦) الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٧٩.
(٢٧) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي، ص٧٣.
(٢٨) الفروق للكرابيسي ٢/١٦٤.
(٢٩) الأشباه والنظائر ص٢٣٠. وانظر كذلك: منتهى الإرادات ٥/٢٦٥-٢٦٦.
(٣٠) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص١٨٥.
(٣١) المدرك: يطلق على ما يعتمد عليه الحاكم من الحجاج كالبينة ونحوها، ويطلق على الدليل الذي هو مستند الفتوى عند المجتهد، والإطلاق الثاني هو المراد هنا، انظر: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص٨٥-٨٦.
وقد فرق ابن السبكي في الأشباه والنظائر ١/١١ بينه وبين القاعدة. فراجعه إن شئت.
(٣٢) الحديث: أخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب: البيوع ٢/٥٧-٥٨ عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه وقال: «صحيح الاسناد ولم يخرجاه».
وأخرجه الدارقطني في كتاب: البيوع أيضاً ٣/٧٧، والبيهقي في كتاب الصلح ٦/٦٩. وقد حسنه ابن رجب في جامع العلوم والحكم ص٣٦٧، وقال في ص٣٦٨ منه: «قال أبو عمرو بن الصلاح: «هذا الحديث أسنده الدارقطني من وجوه، ومجموعها يقوي الحديث ويحسنه، وقد تقبله جماهير أهل العلم واحتجوا به».
قلت: ومعنى الضرر في اللغة: ضد النفع، كما في مختار الصحاح مادة «ض ر ر»، وعند الأصوليين هو كما قال صاحب المحصول في ٢/٣/١٤٣: «ألم القلب»؛ لأن الضرب يسمى ضرراً، وتفويت منفعة الإنسان يسمى ضرراً، والشتم والاستحقاق يسمى ضرراً، ولابد من جعل اللفظ اسماً لمعنى مشترك بين هذه الصور، دفعاً للاشتراك».
(٣٣) انظر: تبصرة الحكام ٢/٣٤٨، وجامع العلوم والحكم ص٣٧٠، وشرح القواعد الفقهية ص١٦٥، ومصادر

التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ص١ / ١٠«رسالة الطوفي في رعاية المصلحة» والنهاية في غريب الحديث والأثر باب: الضاد مع الراء ٣ / ٨١.
(٣٤) انظر: الإبهاج ٣ /١٧٨، ونهاية السول ٤ /٣٥٦–٣٥٧.
(٣٥) انظر: جامع العلوم والحكم ص٣٦٩، وكتاب القواعد للحصني ١ /٣٣٤، والمدخل الفقهي العام ٢ /٩٧٨.
(٣٦) مقاصد الشريعة ٤ /٦٩–٧٠.
(٣٧) المراد بالصحابي الذي يحتج علماء الأصول بمذهبه هو من لازم النبي صلى الله عليه وسلم زمناً طويلاً حتى أصبح يطلق عليه اسم الصاحب عرفاً. انظر: تيسير التحرير ٣ /٦٦، وشرح مختصر الروضة ٢ /١٨٥.
(٣٨) إعلام الموقعين ٤ /١٢٢، وانظر: شرح تنقيح الفصول ص٤٤٥، وكشف الأسرار عن أصول البـزدوي ٣ / ٢١٧.
(٣٩) الأثر: رواه الهيثمي في مجمع الزوائد ٤ /١٩٦ باب «استنابة الحاكم» عن السائب بن يزيد بهذا اللفظ ثم قال: «رواه الطبراني في الكبير والأوسط، وفيه ابن لهيعة، وفيه ضعف، وحديثه حسن، وبقية رجاله رجـال الصحيح».
وأخرج نحوه في نفس الموضع عن ابن عمر رضي الله عنهما، ثم قال: «رواه أبو يعلى، وقال: رجالـه رجـال الصحيح».
وأخرجه وكيع في أخبار القضاة ١ /١٠٥–١٠٦ بسنده عن السائب بن يزيد بهذا اللفظ.
(٤٠) انظر: الاختصاص القضائي ١٠٢–١٠٣، ونظام القضاء في الإسلام ص٨١.
(٤١) لم أقف على هذا الأثر فيما اطلعت عليه من كتب الفن، وقد أورده صاحب كتاب الاختصـاص القضائـي ص١٩٥–١٩٦ نقلاً عن كتاب: رفع الإصر عن قضاة مصر لابن حجر ـ القسم الثاني ص٢٥٤.
(٤٢) هذا القول يؤثر عن عمر بن عبدالعزيز، وبعض العلماء ينسبه إلى الإمام مالك، ويظهر ـ والله أعلم ـ أنه من كلام عمر بن عبدالعزيز، وأن مالكاً استحسنه وشهره كما قال بعض العلماء.
وقد ذكر الزرقاني في شرحه ٢ / ١٠ أن أصله حديث عائشة رضي الله عنها في منع الناس من المساجد. وانظر: فتح الباري ١٣ /١٤٤.
(٤٣) المصلحة المرسلة هي:» كل منفعة داخلة في مقاصد الشارع دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء» ضوابط المصلحة ص٣٣٠، وانظر: البحر المحيط ٦ /٧٦.
(٤٤) انظر: الاستصلاح والمصالح المرسلة ص٧٤، والاعتصام ٢ /١٣٣، وإعلام الموقعين ٤ /٣٧٧ ـ ٣٧٨، وتخريج الفروع على الأصول ص٢٧٨ ـ ٢٨٠، وتعليل الأحكـام ص٣٨١، وشرح تنقيح الفصول ص٣٩٤ـ٤٤٦، وشرح مختصر الروضة ٣ /٢٠٩–٢١٣، ومصادر التشريع الاسلامي فيما لا نص فيه ص٨٩, ١١٢ـ ١١٨.
(٤٥) الطرق الحكمية ص١٤.
(٤٦) الموافقات ٢ /٥٢٠.
(٤٧) مصادر التشريع ص٨٩.
(٤٨) الاستصلاح ٥٠ـ٥٢.
(٤٩) انظر: الإبهاج ٣ /١٧٨، والبحر المحيـط ٦ /١٢, ١٤، والمحصول ٢ /٣ /١٢٩–١٣١, ١٤٣ـ ١٤٤، ونهايـة السول ٤ /٣٥٢.
(٥٠) القاعدة عرفها ابن السبكي في الأشباه والنظائـر ١ /١١ بقوله: «القاعدة: الأمر الكلي الذي ينطبق عليـه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها».
(٥١) انظر: المرجع السابق ١ /٤١، والأشباه والنظائر للسيوطي ١ /١٤٠، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٥٨.
(٥٢) انظر: كتاب القواعد ١ /٣٣٣.
(٥٣) المرجع السابق نفس الجزء ص٣٣٤–٣٣٥, ٣٣٨، وانظر: شرح الكوكب المنير ٤ /٤٤٢–٤٤٤.
(٥٤) المدخل الفقهي العام ٢ /٩٧٨.
(٥٥) قواعد الأحكام ٢ /٣٥، وانظر كذلك: كتاب القواعد للحصني ١ /٣٣٨، والمغني ١٤ /٩٠.
(٥٦) مجموع الفتاوى ٣٥ /٣٥٥.
(٥٧) مقاصد الشريعة ص٣٧٦.
(٥٨) انظر: جامع العلوم والحكم ص٣٧٠–٣٧٨.
(٥٩) البقرة الآية (٢٣١).
(٦٠) الطلاق الآية (٦).
(٦١) البقرة الآية (٢٣٣).
(٦٢) الموافقات ٤ /١٨٤–١٨٦.

(٦٣) المقتضي بكسر الضاد هو: اللفظ الطالب للإضمار، وهو اسم من أسماء العلة والمراد به هنا: العلة أو السبب الداعي إلى سن القضاء المستعجل، أو سرعة نظر القضايا. انظر: تشنيف المسامع ٢/٦٩١، والتعريفات ص٢٢٦، ومعجم مصطلحات الأصوليين ص٤٣٥.

(٦٤) الأسباب: جمع سبب، وهو في اللغة كل شيء يتوصل به إلى غيره»، قاله في لسان العرب مادة «سبب» جـ١ ص٤٥٨، وفي الاصطلاح أحسن تعاريفه ما قاله القرافي في شرح التنقيح ص٨١: هو: ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته» وله إطلاقات منها: إطلاقه على العلة الشرعية الكاملة. انظر: شرح مختصر الروضة ١/٤٢٨.

(٦٥) الهرج والمرج هو: الفتنة والاختلاط، والعطف للمزاوجة، وأصل الهرج: الكثرة في الشيء والاتساع، قال في مختار الصحاح مادة «مرج» ص٦٢٠: «ومرج الأمر والدين اختلط... ومنه: الهرج والمرج» وانظر ص٦٩٤ منه، والنهاية لابن الأثير ٥/٢٥٧.

(٦٦) مقاصد الشريعة الإسلامية ص٣٧٨ ـ ٣٧٩.

(٦٧) هي: مسايل ماء بالحرة، موضع بالمدينة النبوية، صلاة الله وسلامه على ساكنها. انظر: فتح الباري ٥/ ٣٦.

(٦٨) الحديث بهذا اللفظ أخرجه البخاري في كتاب المساقاة، باب: سكة الأنهار، الحديث (٢٣٥٩) ص٤٤٣ عن عبدالله بن الزبير رضي الله عنهما.

وأخرجه مسلم في كتاب: الفضائل، باب: وجوب اتباعه ـ صلى الله عليه وسلم ـ الحديث (٢٣٥٧) ص ٩٥٩ عن عبدالله بن الزبير أيضاً، وجاء فيه «أن المخاصمة كانت في شراج الحرة التي يسقون بها النخل».

(٦٩) الحديث أخرجه البخاري بهذا اللفظ في كتاب: الصلح، باب الصلح بالدين والعين، الحديث (٢٧١٠) ص٥١٧ عن كعب بن مالك رضي الله عنه.

وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب: وضع الجوائح، الحديث (١٥٥٨) عن كعب بن مالك أيضاً وباللفظ الذي معنا نفسه.

(٧٠) هذا الجزء من كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما، أخرجه الدارقطني في كتاب الأقضية والأحكام ٤/٢٠٦.

وقد أورده ابن القيم في إعلام الموقعين ١/٨٥-٨٦ ثم قال: «وهذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول وبنوا عليه أصول الحكم والشهادة، والحاكم والمفتي أحوج شيء إليه وإلى تأمله والتفقه فيه» .

(٧١) مقاصد الشريعة ص٣٧٧.

(٧٢) انظر: المرجع السابق ص٣٧٦.

(٧٣) فرَق السيوطي فيما نقله عنه محقق الأشباه والنظائر لابن الوكيل ١/١٥ بين المثيل والشبيه والنظير بقوله: «الشبيه أعم من المثيل، وأخص من النظير، والنظير أعم من الشبيه، وبيان ذلك: أن المماثلة تستلزم المشابهة وزيادة، والمشابهة لا تستلزم المماثلة، فلا يلزم أن يكون شبه الشيء مماثلاً له، والنظير قد لا يكون مشابهاً.

وحاصل هذا الفرق: أن المماثلة: تقتضي المساواة من كل وجه، والمشابهة تقتضي الاشتراك في أكثر الوجوه لا كلها، والمناظرة تكفي في بعض الوجوه ولو وجهاً واحداً، يقال: هذا نظير هذا في كذا وإن خالفه في سائر جهاته».

(٧٤) أدب القضاء ٢/٣٠٢.

(٧٥) المرجع السابق نفس الجزء ص٣٣٠-٣٣١.

(٧٦) المرجع السابق ٢/٣٣٦-٣٣٧.

(٧٧) قواعد الأحكام ٢/١٢٢.

(٧٨) مقاصد الشريعة ص ٣٧٧ ـ ٣٧٨.

(٧٩) انظر: أدب القضاء للسروجي ص١١٣، وأدب القضاء للماوردي ٢/٣١٩-٣٢٢، وشرح أدب القضاء للخصاف ٢/٣٠٣.

(٨٠) أدب القضاء ٢/٣١٩ ـ ٣٢٠, ٣٢٢.

(٨١) تهذيب الفروق والقواعد السنية ٤/١٣٤.

(٨٢) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الأحكام، باب موعظة الإمام للخصوم، الحديث (٧١٦٩) ص١٣٦٨ عن أم سلمة ـ رضي الله عنها ـ بهذا اللفظ.

وأخرجه مسلم في كتاب الأقضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، الحديث (١٧١٣) ص٧١١ عن أم سلمة ـ رضي الله عنها ـ باللفظ السابق أيضاً.

(٨٣) مقاصد الشريعة ص٣٦٨.
(٨٤) الاستصلاح والمصالح المرسلة ص ٥٠ ـ ٥٢.
(٨٥) راجع ص ١٥
(٨٦) العرف والعادة لفظان مترادفان عند جمهور العلماء، والمراد به في الاصطلاح:» ما يتعارفه الناس ويسيرون عليه غالباً من قول أو فعل»، كذا جاء في مصادر التشريع الإسلامي ص١٤٥.
والمذاهب الفقهية تعتبره في الجملة دليلاً يتوصل به إلى فهم المراد من النصوص وألفاظ المتعاملين. انظر: مصادر التشريع الإسلامي ص١٤٩، والأدلة المختلف فيها ٢ /٢٥٠.
(٨٧) انظر: النوازل الجديدة الكبرى ٩ /٣٩٤.
(٨٨) القصة بطولها ذكرها ابن الأثير في البداية والنهاية ٣/٤٣-٤٤ عن يونس بن بكير عن محمد بن اسحاق عن عبدالملك بن أبي سفيان الثقفي٠
(٨٩) روضة القضاة ١ /١٦٩، وانظر كذلك: شرح أدب القضاء للحصاف ٢ /٣٠٢, ٣٠٨ ـ ٣١٠.
(٩٠) انظر: الذخيرة ١١ /٥ والفروق ٤ /٧٢.
(٩١) انظر: مجموع الفتاوى ٣٥ /٣٥٥، والمغني ١٤ /٩٠، ومقاصد الشريعة ص٣٦٨ ـ ٣٦٩.
(٩٢) المغني الموضع السابق.
(٩٣) مقاصد الشريعة ص٣٦٨.
(٩٤) مقاصد الشريعة ص٣٦٩.
(٩٥) مجموع الفتاوى ٣٥ /٣٥٥.
(٩٦) هو الخصم لمنصوب صورة للمنازعة، انظر: حاشية منتهى الإرادات ٥ /٢٨٣.
(٩٧) مجموع الفتاوى الجزء السابق، ص٣٥٦.
(٩٨) منتهى الإرادات ٥ /٢٨٣.
(٩٩) انظر: إجراءات التقاضي والتنفيذ ص٣٥ ـ ٣٦.
(١٠٠) انظر: الطرق الحكمية ص ١٢.
(١٠١) المدخل الفقهي العام ٢ /٩٧٨.
(١٠٢) المرجع السابق نفس الجزء ص ٩٨١.
(١٠٣) الشرح الصغير ٤ /٣١٩.
(١٠٤) شرح ميّارة ٢ /٢٧٦.
(١٠٥) انظر: فتح الرؤوف القادر ١ /٣٢٦.
(١٠٦) المغني ٩ /٨٥.
(١٠٧) الشرح الكبير المطبوع مع المقنع والإنصاف بتحقيق: التركي ٢٨ /٤٦٦ ـ ٤٦٧، والإقناع ٤ /٣٩٧.
(١٠٨) الأشباه والنظائر ص٥٣٦، وانظر: شرح عماد الرضا ١ /٩٤ ـ ٩٥.
(١٠٩) نقله عنه ابن فرحون في تبصرة الحكام ٢ /٣٥٢.
(١١٠) راجع ص ١١-١٢.
(١١١) المدخل الفقهي العام ٢ /٩٧٨.
(١١٢) المغني ٦ /٥٩١.
(١١٣) الاعتناء في الفرق والاستثناء ١ /٥٣٢.
(١١٤) المغني، الموضع السابق.
(١١٥) مجموع الفتاوى ٣٠ /٢٠.
(١١٦) انظر: تبصرة الحكام ٢ /٢٠٧ وروضة الطالبين ٤ /١٣٦.
(١١٧) تهذيب الفروق السنية ٤ /١٣٤.
(١١٨) الذخيرة ١١ /٤١.
(١١٩) مجموع الفتاوى ٣٠ /٢٤ ـ ٢٥ بتصرف.
(١٢٠) شرح أدب القاضي للخصاف ٣ /٤٣٦، وانظر: نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص٢٨٦.
(١٢١) المغني ٦ /٥٩١.
(١٢٢) المدخل الفقهي العام ٢ /٩٧٨.
(١٢٣) القوانين الفقهية ص ٢٢٣.
(١٢٤) تبصرة الحكام ٢ /٣٤٨.
(١٢٥) تبصرة الحكام ٢ /٣٥٢.

(١٢٦) العقد المنظم للحكام بهامش تبصرة الحكام ٢/٨٥.
(١٢٧) المغني ٧/٥٢، وانظر أيضاً: جامع العلوم والحكم ص٣٧٣.
(١٢٨) القوانين الفقهية ص ٢٢٣.
(١٢٩) شرح عماد الرضا ببيان آداب القضا ٢/٨٧.
(١٣٠) انظر: المغني، وجامع العلوم والحكم والقوانين الفقهية المواضع السابقة، وفصول الأحكام ص٢٠٨-٢١٣.
(١٣١) شرح القواعد الفقهية ص٢٠٥.
(١٣٢) انظر: المدخل الفقهي العام ٢/٩٨٥.
(١٣٣) شرح أدب الخصاف ١/٢٨٥.
(١٣٤) كتاب أدب القضاء ص٦٠٠.
(١٣٥) انظر: روضة القضاة وطريق النجاة ١/١٨٢ ـ ١٨٣.
(١٣٦) أدب القاضي ٢/٤١٥، وانظر: فصول الأحكام للباجي ص ١٦٦، وتبصرة الحكام ٢/٢٠٩.
(١٣٧) عرف التخريج في المسودة ص٤٧٥ بأنه» نقل حكم مسألة إلى ما يشبهها والتسوية بينهما فيه» وانظر: الفرق بين التخريج وبين النقل والتخريج في شرح مختصر الروضة ٣/٦٤٥.
(١٣٨) أدب القضاء ٢/٤١٥ ـ ٤١٦.
(١٣٩) أدب القضاء ص٣٠٠.
(١٤٠) قواعد الأحكام ٢/١٢٩.
(١٤١) انظر: أدب القضاء للماوردي ١/٢٣٢ ـ ٢٣٣، وشرح أدب القضاء لابن مازه ١/٢٨٤, ٤/٣٠١، والمغني لابن قدامة ١٤/٢٤.
(١٤٢) شرح أدب القضاء ١/٢٨٤، وانظر: روضة الطالبين ١/١٣٨.
(١٤٣) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ١٢٢.
(١٤٤) الطرق الحكمية ص ٢٣٨.
(١٤٥) المغني ٦/٤٥١.
(١٤٦) انظر: أدب القضاء ١/٢٣٢، وروضة القضاة ١/١٤٣، والمغني ١٤/٢٤.
(١٤٧) شرح أدب القضاء للخصاف ١/٢٨٤.
(١٤٨) شرح أدب القضاء للخصاف ١/٢٩١، وانظر: روضة القضاة ١/١٤١ ـ ١٤٢.
(١٤٩) أدب القضاء لابن أبي الدم ص١٢٢.
(١٥٠) شرح عماد الرضا ١/٣٥٥.
(١٥١) جاء هذا الأثر هكذا في شرح أدب القضاء للخصاف ١/٢٨٤.
وأورده ابن سعد في الطبقات الكبرى ٣/٢٩٣ عن عطاء بلفظ: «كان عمر بن الخطاب يأمر عماله أن يوافوه بالموسم، فإذا اجتمعوا قال: يا أيها الناس إني لم أبعث عمالي ليصيبوا من أبشاركم ولا من أموالكم، إنما بعثتهم ليحجزوا بينكم، وليقسموا فيئكم بينكم، فمن فعل به ذلك فليقم...» الأثر.
(١٥٢) انظر هذا التعليل: في شرح عماد الرضا ١/٣٥٥.
(١٥٣) انظر: شرح أدب القاضي ١/٢٨٥.
(١٥٤) شرح القواعد الفقهية ص٤٣٧، وانظر: المدخل الفقهي العام ٢/١٠٣٥.
(١٥٥) شرح عماد الرضا ١/٣٥٢.
(١٥٦) انظر: شرح أدب القضاء ١/٢٨٧، وأدب القضاء للماوردي ١/٢٣٥، وأدب القضاء لابن أبي الدنيا ص١٢٢.
(١٥٧) سورة الطلاق آية (٦).
(١٥٨) المغني ٨/١٧
(١٥٩) الحديث أخرجه ابن ماجه في كتاب: الرهون، باب: أجر الأجراء، الحديث (٢٤٤٣) ص٢٦٤ عن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما، وقد صححه الألباني في إرواء الغليل ٥/٣٢٠ الحديث ذو الرقم (١٤٩٨) لا ذو الرقم (١٤٩٣) كما جاء في صحيح الجامع الصغير ١/٣٤٩.
(١٦٠) الموسوعة الفقهية ٢/٢٦٣.
(١٦١) الموسوعة الفقهية ٢/٢٨٨.
(١٦٢) انظر: مقاصد الشريعة ص٣٥٨.
(١٦٣) الهداية شرح بداية المبتدي ٣/٢٣٣.

(١٦٤) المغني ٨/١٨.
(١٦٥) منح الجليل شرح على مختصر خليل ٧/٤٤٠-٤٤١.
(١٦٦) سورة الطلاق: آية (٦).
(١٦٧) راجع ص ٤٨.
(١٦٨) الحديث أخرجه البخاري عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ بهذا اللفظ في كتاب: البيوع، باب: من باع حراً، الحديث (٢٢٢٧) ص٤١٥، ولم أره عند مسلم.
(١٦٩) المغني ٨/١٧.
(١٧٠) مقاصد الشريعة ص٣٥٨.
(١٧١) راجع ص ٤٨.
(١٧٢) انظر: مقاصد الشريعة ص٣٧٦.
(١٧٣) المغني ٦/٥٩٣.
(١٧٤) الاعتناء في الفرق والاستثناء ١/٥٢٧.
(١٧٥) انظر: مقاصد الشريعة ص٣٧٩.
(١٧٦) منتهى الإرادات ٢/٤٦٩.
(١٧٧) الأشباه والنظائر ص ٤٨٨، وانظر: كتاب نظام القضاء في الإسلام ص١٤٦.
(١٧٨) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٣٠٢.
(١٧٩) تبصرة الحكام ١/٢١٠ ـ ٢١١.
(١٨٠) المرجع السابق نفس الجزء ص ٢١١ ـ ٢١٢.
(١٨١) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص١٤٦.
(١٨٢) انظر: الفروق والقواعد السنية ٤/١٣٤.
(١٨٣) المغني ٦/٥٣٧، وانظر: الحجر وأحكامه في الشريعة الإسلامية ص٢٩٩ ـ ٣٠٠.
(١٨٤) تهذيب الفروق والقواعد السنية ٤/١٣٤-١٣٥.
(١٨٥) الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب: البيوع ٢/٥٨ عن كعب بن مالك عن أبيه بهذا اللفظ، وقال: «هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي».
وقال ابن حجر في التلخيص الحبير ٣/٣٧: «قال ابن الطلاع في الأحكام: هو حديث ثابت».
وانظر في المسألة الفقهية: بداية المجتهد ٢/٣٦٥، والاعتناء في الفرق والاستثناء ١/٥٢٧.
(١٨٦) التلخيص الحبير ٣/٣٩.
(١٨٧) المدخل الفقهي العام ٢/٩٨١ . وانظر كتاب القواعد للحصني ١/٣٣٣ ـ ٣٣٥ فقد جعل الحجر من فروع القاعدة الكبرى «لا ضرر ولا ضرار». ولا تناقض.
(١٨٨) قواعد الأحكام ٢/٣٥ .
(١٨٩) مقاصد الشريعة ص٣٧٩.
(١٩٠) المغني ٤/٥٠٣.
(١٩١) مقاصد الشريعة ص٣٧٦.